

Bankgarantier med tidsbestemt, selvstendig opphør

- hva som må til for å gjøre garantien gjeldende

Kandidatnummer: 395

Veileder: Helge Syrstad

Leveringsfrist: 2. mai, 2007

Til sammen 13 420 ord

22.10.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Problemstilling og avgrensing	2
1.2.1	Nærmere om problemstillingen	2
1.2.2	Nærmere om avgrensingen	4
1.3	Tema og begrepsavklaring	6
1.3.1	Kausjonsforpliktelse	6
1.3.2	Solidaransvaret	6
1.3.3	Partsforholdet	7
1.3.4	Kort om bankgarantier	7
1.3.5	Plassering av bankgarantier i garantiretten	7
1.4	Rettskildebildet	9
1.5	Garantirettslige hensyn	11
1.6	Den videre fremstilling	11
<u>2</u>	<u>KORT OM BETINGELSENE FOR Å BRINGE GARANTIKRAVET FRA SIKRINGSSTADIET TIL DEKNINGSSTADIET</u>	<u>13</u>
2.1	Innledning	13
2.2	Mislighold og forfall i hovedforholdet	13
2.3	Forfallet overfor kausjonisten	13
2.3.1	Simple kausjoner	13
2.3.2	Selvskyldnerkausjoner	14
<u>3</u>	<u>TOLKING AV GARANTIAVTALER</u>	<u>15</u>

3.1	Innledning	15
3.2	Nærmere om det rettslige utgangspunktet for tolkingen av garantiavtaler	15
3.3	Nærmere om tolking av garantiavtaler	17
3.3.1	Supplerende tolkingsregler med særlig relevans i garantiforhold	17
3.3.2	Tolkingsmoment	18
3.3.3	Sammendrag	19
4	<u>I HVILKEN FORM SKAL KREDITOR MELDE KRAVET FOR Å GJØRE GARANTIEN GJELDENDE?</u>	20
4.1	Innledning	20
4.2	Rettspolitiske vurderinger	22
4.2.1	Innledning	22
4.2.2	Teoretiske utgangspunkt og synspunkt	22
4.2.3	Oppsummering	25
4.3	Internasjonal rett	25
4.3.1	Innledning	25
4.3.2	ICC sin standardkontrakt for demandgarantier	26
4.3.3	FNs konvensjons for uanhengige garantier og standby letters of Credit	27
4.3.4	Tolking konvensjonen og standardkontrakten	28
4.3.5	Slutning	29
4.4	Rettspolitiske hensyn sammenholdt med tidligere praksis	29
4.4.1	Innledning	29
4.4.2	Rt. 1933 s. 260	29
4.4.3	RG. 1991 s. 1165	31
4.4.4	Bankklagenemndas avgjørelse av 9. april 1992, (BKN-92023)	32
4.4.5	Rt. 1993 s. 1053	32
4.4.6	Sammendrag	33
4.5	Slutninger fra kapittel 4.2 til kapittel 4.4 konfrontert med Rt. 2005 s. 1447	33
4.5.1	Rt. 2005 s. 1447	34
4.5.2	Konfrontasjonen	35

4.5.3	Konklusjon	37
4.6	Kritikk av gjeldende rett	38
<u>5</u>	<u>HOVEDFORHOLDETS BETYDNING FOR OM DET MÅ FREMSETTES ET UBETINGET KRAV OM BETALING</u>	<u>39</u>
5.1	Rettspolitiske vurderinger	40
5.2	Hvordan de rettspolitiske hensynene forholder seg til vurderinger i rettspraksis	43
5.2.1	Rettstidende 1933. s. 260	44
5.2.2	Rettens gang 1991 s 1065	45
5.2.3	Rettstidende 1993 s 1053	47
5.2.4	Rt 2005 s 1447 opp mot de øvrige dommene.	48
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>49</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE OG KILDER</u>	<u>51</u>

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Tema for avhandlingen er hentet fra bankgarantier i kommersielle forhold, nærmere bestemt forholdet mellom kreditor og garantidebitor, for tilfeller der garantien har utløpsdato og denne er siste frist for å gjøre garantien gjeldende.

Kunnskap og forutberegnelighet på problemstillingens område må regnes som å være viktig, ettersom konsekvensene av å ikke få gjort garantirettighetene gjeldende innenfor fristen kan føre til bortfall av garantiansvaret for garantisten. Kreditor vil i slike tilfeller stå igjen med tapet som kausjonisten var ment å ha risiko for.

Problemstillingen har også en side overfor garantidebitor, ved at jo lenger tid det går fra misligholdet oppstår til garantikravet meldes, jo mer svekkes garantistens dekningsmuligheter, eksempelvis ved regress.¹

Spørsmålet om når kreditor må gjøre garantien gjeldende har ikke ofte vært oppe til behandling i domstolsapparatet, men siste tilskudd i denne forbindelse er relativt fersk og er inntatt i Rt. 2005 s. 1447. Sett i lys av at det pr. 31.12.2006 var ca. kr 50,5 milliarder var sikret av norske banker som kausjonsforpliktelse for betalingsgarantier², er likevel den potensielle aktualiteten stor.³

¹ Viser til punkt 1.3.3 der jeg gjør rede for regress

² Det vises til kapittel 1.3.5 for oversikt over de ulike garantitypene.

³ Det er ikke statistikk for dette hos Statistisk sentralbyrå, Kredittilsynet, Sparebankforeningen eller Finansnæringens Hovedorganisasjon, men tallet er opplyst av statistikkavdelingen til Norges Bank.

Formålet med fremstillingen er å undersøke hvordan rettspraksis har løst og tilnærmet seg problemstillingen for oppgaven, og hvordan praksis forholder seg til teoretiske synspunkter som er formulert på området. I tilknytning til dette ser jeg det også som naturlig å drøfte fordeler og ulemper med gjeldende rett, samt knytte noen de lege ferenda-betraktninger til rettstilstanden.

1.2 Problemstilling og avgrensing

1.2.1 Nærmere om problemstillingen

På bakgrunn av den alminnelige avtalefriheten, kan partene fritt avtale hvilke betingelser som skal være gjeldende for garantiutbetaling. I all hovedsak er garantier som er avgitt av banker tegnet på standarddokument som er utarbeidet av Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH) eller Sparebankforeningen. Disse standarddokumentene er i hovedtrekk like. I slike standardkontrakter er det en rubrikk for garantitekst der partene selv kan føre inn hvilke vilkår som skal gjelde for utbetaling av garantien. Det er vanlig at dette feltet inneholder en beskrivelse av kreditors rett til å bringe garantien til forfall mot garantisten. Det er liten grad av variasjon i formuleringene som brukes, og jeg har fått opplyst at formuleringen som er brukt i siste avgjørelse på området, Rt 2005 s 1447⁴, er representativ⁵ for beskrivelsen av forfallet mot garantisten.

Tidsfristen kan i hovedsak forstås på to måter.⁶ Den ene måten er å betrakte datoen som en begrensing for ansvarsomfanget. I slike tilfeller vil det være tilstrekkelig at misligholdet er oppstått innen garantiens gyldighetsperiode. Den andre forståelsen er at datoen er en reklamasjonsfrist, resolutiv betingelse.⁷ Garantien må i disse tilfellene gjøres gjeldende innenfor tidsfristen. I denne forbindelse blir spørsmålet *hva* som er tilstrekkelig for å gjøre

⁴ Formuleringen var som følgende, "Et evt. krav av garantien gjøres innen garantiens utløpsdato. Etter denne dato returneres originalgaranti uoppfordret til banken."

⁵ Opplysningen om at det er en representativ formulering kommer fra Sparebankforeningens servicekontor ved assisterende direktør for juridiske forhold, Sven L`Abee-Lund.

⁶ Smith (1992) s. 314

⁷ Smith (1997) s. 117

garantien gjeldende. Generelt vil det avhenge av tolkningsresultatet av den foreliggende avtalen, men som nevnt er de individuelle betingelsene i avtalene så å si standardisert, slik at garantiavtalene i all hovedsak tolkes likt.

Etter dette mener jeg det er forsvarlig å legge til grunn forutsetninger om at både standarddokument som garantien er tegnet på, i tillegg til den konkrete utformingen av forfallsvilkåret, er faktorer som ikke er særlig variable. Videre finner jeg støtte for denne forutsetningen ved at rettsavgjørelsene på området viser til hverandre som relevante rettskilder, og drøfter betingelsen på et generelt plan, selv om det er nyanser i den individuelle garantiteksten.⁸ Disse avgjørelsene skal presenteres nærmere senere i avhandlingen.

Subjektive forhold partene mellom har jeg ingen forutsetning for å gå inn på, ettersom disse ikke er gjengitt i nevneverdig grad eller lagt vekt på i domsgrunnene. Det er av den grunn forsvarlig å utelate disse.

For at det skal kunne kreves utbetaling under garantien, må hovedfordringen være forfalt og misligholdt. Dette er de suspensive vilkårene, altså betingelsene som må være oppfylt for at disposisjonen skal få virkning etter sitt innhold.⁹ Har garantien også betingelser med opphørvirkninger av garantiansvaret, resolute betingelser, må kreditor sørge for å holde seg innenfor rammen av de suspensive og resolute betingelsene.¹⁰ Eksempel på resolute betingelser kan være avtalt gyldighetsperiode og de lovfestede reglene om foreldelse.

Etter dette må det forutsettes for den videre fremstilling at kravet er forfalt og misligholdt, slik at det bare gjenstår å gjøre garantien gjeldende overfor garantisten. I den sammenhengen er det naturlig å se nærmere på om det må gjøres med et ubetinget krav,

⁸ Det kan i denne forbindelse vises til Rt. 1993 s. 1053, som viser til Rt. 1933 s. 260. Garantiforholdet var ikke helt likt, og jeg kommer tilbake til begge dommene i kapitlene 4 og 5.

⁹ Smith (1997) s. 61

¹⁰ Op.cit. s. 117

eller om det er tilstrekkelig med et betinget krav, innenfor den resolutive betingelsen, tidsfristen.¹¹

I denne forbindelse vil det være interessant å se om hovedforholdet kan være veiledende, og hvordan det eventuelt har relevans for hvordan garantien skal gjøres gjeldende.

1.2.2 Nærmere om avgrensingen

Oppgaven gjelder uselvstendige bankgarantier avgitt i kommersielle forhold. Garantier avgitt til forbruker av finansinstitusjoner faller derfor utenfor oppgaven.¹² Den aktuelle problemstillingen vil heller ikke oppstå i forbrukerforhold, da det må iverksettes rettslige skritt mot debitor før krav kan rettes mot kausjonisten.¹³ Det vil derfor ikke oppstå spørsmål om hva som må til for å gjøre garantien gjeldende.

Videre er det aksessoriske kausjonsforpliktelser, også kalt tredjemannsgarantier¹⁴, som er gjenstand for avhandlingen. Egengarantier¹⁵ og resultatgarantier¹⁶ har dels en annen partssammensetning og dels ulike formål. Det vil være for vidtfamnende for oppgavens rammer å også redegjøre for disse garantiformene.

Med hensyn til at tredjemannsgarantier gjerne deles inn etter når garantien kan bringes til forfall overfor kausjonisten, avgrenses fremstillingen til å gjelde selvskyldnerkausjoner. Dette er den praktiske hovedregel i forretningslivet¹⁷, og av den grunn en forsvarlig

¹¹ Ubetingete krav kan eksemplifiseres med påkrav og søksmål. Betingete krav vil være melding om et eventuelt krav, der det eventuelle er betingelsen.

¹² Jf. lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr 46, § 3

¹³ Jf. finansavtalelovens § 71 (1) som i praksis angir en mellomform av selvskyldnerkausjon og simpel kausjon. Forfallsvilkåret er utskutt til samme tidspunkt som ved simpel kausjon, men kreditor trenger ikke føre insolvensbevis, slik som ved simple kausjoner.

¹⁴ Kausjonsforpliktelsen er aksessorisk dersom garantien er knyttet til en annen fordring, jf. Smith 1997 s. 26.

¹⁵ Egengarantier er garantier som er avgitt for egen oppfyllelse, eksempelvis en entreprenørs garanti for bygget som skal leveres, jf. Smith (1997) s. 25.

¹⁶ Eksempelvis ved at kausjonisten garanterer for en aksjeemisjon. Se Smith (1997) s. 25.

¹⁷ Jf. Sparebankforeningens servicekontor

avgrensing. Ytterligere avgrenses det mot stadier tidligere enn opphørstidspunktet i garantiens virketid, som tilblivelsen og garantien på sikringsstadiet.

En nærmere redegjørelse for de alminnelige forfallsbetingelsene, utenom å bringe garantien til forfall overfor garantidebitor, vil heller ikke bli behandlet, da disse i sin alminnelighet ikke er relevante for problemstillingen. Det kan skytes inn at tolkingen av garantiavtalen selvsagt er avhengig av omstendighetene på tilblivelsespunktet, samt at partenens opptreden på sikringsstadiet kan være tolkingsmoment. Med hensyn til oppgavens omfang velger jeg likevel å avgrense mot dette. Slike subjektive forhold er heller ikke tillagt vekt i drøftelsene i dommene jeg har funnet på området.

Det kan ellers være grunn til å avgrense mot pantesikkerhet, som er en rett til søke dekning i bestemte objekt, realkausjon, mens det ved kausjon kan søkes dekning i kausjonistsubjektets formue i sin alminnelighet, personalkausjon.¹⁸

Med hensyn til at oppgaven omhandler når kausjonsforpliktelsen må bringes fra sikringsstadiet til dekningsstadiet er det heller ikke naturlig å gå inn på skillet mellom hel- og delgarantier.¹⁹ Dette fordi det ikke er selve kausjonsforpliktelsenes størrelse som er gjenstand for drøftelsen.

Regresspørsmål vil heller ikke være gjenstand for oppgaven, men blir likevel gjort kort rede for, for å illustrere rekkevidden av rettsvirkningene.

Oppsummeringsvis kan det nevnes at det er norske selvskyldnerkausjoner gitt av banker til næringsdrivende som skal drøftes i forhold til opphørsbestemmelsen i garantien.

¹⁸ Smith (1992) s. 99

¹⁹ Se Smith (1997) s. 75. Delgarantier er når det er avtalt beløpsbegrensning i garantien, og beløpet er mindre enn hovedfordringen. Dersom det er avtalt sikkerhet for hele fordringen inntil et maksimumsbeløp, og fordringen ikke kan individualiseres, er det en begrenset helgaranti.

1.3 Tema og begrepsavklaring

1.3.1 Kausjonsforpliktelse

Uttrykket ”garanti” brukes om mange og ulike situasjoner, blant annet i avtaleretten og pengekravsretten. Problemstillingen for denne fremstillingen er garanti i pengekravsretten. I pengekravsretten kalles garanti gjerne for kausjon, som kommer fra latinske ”cautio”, og betyr forpliktelse.²⁰

At det foreligger en kausjonsforpliktelse vil i alminnelighet bety at kreditor har sikkerhet for gjeld som debitor er ansvarlig for.²¹ Denne sikkerheten har kreditor hos en tredjeperson, som har stilt seg solidarisk, men ikke sideordnet ansvarlig for gjelden til debitor. Kreditor vil derfor kunne søke dekning i flere formueskompleks, og med det ha bedre sikkerhet ved at flere er ansvarlige for fordringen.

1.3.2 Solidaransvaret

Jeg har allerede nevnt solidaransvaret, men ikke hva som ligger i begrepet.

Et solidaransvar betyr at to eller flere debitorer sammen er ansvarlige for gjeld, der begge i utgangspunktet kan søkes for hele gjelden dersom annet ikke er avtalt i garantiavtalen.

I pengekravsrettslig terminologi vil det foreligge en kumulativ intercesjon i kausjonsforhold, i motsetning til intercesjonen der den opprinnelige skyldneren blir fri ved cesjonsavtalen.²² Dette betyr at cedenten, altså hoveddebitor, og intercedenten, kausjonisten, sammen er ansvarlige for gjelden til cedenten, hoveddebitor. Ansvarer blir likevel begrenset av hvilket solidaransvar som er avtalt i garantiforpliktelsen, intercesjonen. Solidaransvaret kan være enten prinsipalt eller subsidiært, der graden av solidaritet viser til når kausjonisten kan søkes for kravet. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 2.

²⁰ Jf Gisle (1999) s. 143

²¹ Smith (1997) s. 27

²² Smith (1997) s. 33

1.3.3 Partsforholdet

Hovedforholdet består av kreditor og hoveddebitor, mens kausjonsforholdet er mellom kreditor og kausjonisten. Dersom kreditor har et krav mot kausjonisten, er det mest korrekt å benevne kausjonisten som garantidebitor, ettersom debitor pr. definisjon er en skyldner. I kausjonsavtaler er det altså kreditor og kausjonisten, uten hoveddebitor, som utgjør partsforholdet. Selv om hoveddebitor ikke formelt er en del av kausjonsavtalen, får likevel kausjonsavtalen rettsvirkninger overfor hoveddebitor. Dette gjelder særlig i forhold til regressansvaret, som gir kausjonisten en rett til å søke tilbake det utbetate fra hoveddebitor. Videre har også avtalen mellom hoveddebitor og kreditor virkning overfor kausjonisten, ettersom den gjerne er vist til i kausjonsavtalen og ellers typisk er en betingelse for at hovedforholdet er kommet i stand.

1.3.4 Kort om bankgarantier

Begrepet ”bankgaranti” blir brukt om garantiforhold der banken er kausjonist.²³ I tillegg til ordinære banker²⁴, tilbyr forsikringsselskap garantiordninger som er samsvarende med bankgarantier. Betegnelsen ”bankgarantier” brukes i praksis også om denne type garantiavtaler. Oppgaven skulle derfor også dekke tilsvarende problemstillinger der forsikringsselskaper er det garanterende subjektet. Banker er særlig godt egnet som kausjonister på grunn av krav til soliditeten. Ved forskrift fra Finansdepartementet av 16. des. 1988 nr 1222, skal forretningsbanker og sparebanker ha en beholdning av likvider som utgjør minimum 6 % av bankens skyldnader.

1.3.5 Plassering av bankgarantier i garantiretten

Garantier er, som antydnet ovenfor ikke en ensartet gruppe. Det skal i dette punktet gjøres kort rede for grupperingene innenfor pengekravsrettslige garantier.

²³ Se eksempelvis Fladen (1967) s. 7 og Godsk Pedersen (2003) s. 15

²⁴ Med ordinære banker menes banker som driver bankvirksomhet med hjemmel i forretningsbankloven § 1 og sparebankloven § 1.

Smith deler pengekravsrettslige garantier inn i tre hovedgrupper.²⁵ Disse er selvstendige garantier, egengarantier, og tredjemannsgarantier.

Selvstendige garantier er, som det ligger i betegnelsen, ikke knyttet til andre fordringer og omfatter tap på et tiltak eller engasjement i sin helhet, altså en form for resultatgaranti.

Eksempel kan være når banken garanterer for at en aksjeemisjon blir fulltegnet.²⁶

Rettsvirkningen for banken som kausjonist, blir da at den må kjøpe eventuelle aksjer som ikke er omsatt til andre.

Eengarantier er forpliktelse knyttet til egne fordringer, og heller ikke denne garantiformen er et aksessorisk ansvarsforhold.²⁷ Eksempelvis vil entreprenørens garanti om ferdigstilling være en eengaranti.

Tredjemannsgarantiene er kausjonsforhold slik man kjenner dem i tradisjonell forstand, og kalles gjerne uselvstendige garantier.²⁸ At garantien er uselvstendig, innebærer at kausjonisten er betinget solidaransvarlig for hoveddebitors mislighold. Bankgarantier er, slik de er definert i denne oppgaven²⁹, en del av denne garantitypen. Det kan også nevnes at banker kan garantere for selvstendige garantier. Slike garantier vil da også være bankgarantier, ettersom banken er kausjonisten.

Det er flere former for bankgarantier, altså her uselvstendige tredjemannsforpliktelser, som videre kan deles inn i betalingsgarantier, kontraktsgarantier, lånegarantier og fiskalgarantier.

Betalingsgarantier skal sikre riktig betaling i et kontraktsforhold. Kontraktsgarantiens innhold er at realytelsen skal være i henhold til kontrakt, der kausjonskravet vil være

²⁵ Smith (1992) s. 59

²⁶ Eksemplet er hentet fra Smith (1992) s. 60

²⁷ Smith (1992) s. 61

²⁸ Smith (1997) s 26

²⁹ Se punkt 1.3.4

knyttet til økonomiske følger av misligholdet. Lånegarantier er riktig betaling i et låneforhold, og fiskalgarantier garanti for offentlige skatter og avgifter.

Det kan vanskelig regnes opp en fullstendig liste over hvor mange typer og variasjoner det er av bankgarantier, og det kan i den forbindelse vises til Fladen som regner opp 17 kategorier, uten at det er en uttømmende oppregning.³⁰

1.4 Rettskildebildet

Garantiretten er domstolsskapt og et rettsområde som, utenfor forbrukertilfellene, i særlig grad må hente løsninger fra ikke-lovregulerte områder. Utenom sentrale bestemmelser i gjeldsbrevloven og foreldelsesloven³¹, er det ikke formelle bestemmelser som spesielt regulerer kausjonsretten. Det må derfor ses hen til avtaleloven og den alminnelige obligasjonsretten som grunnlag for å utlede relevante rettslige slutninger.

Finansavtaleloven og dens forarbeider kan, på generelt grunnlag, være en relevant rettskildefaktor, men på den aktuelle problemstillingen vil disse rettskildefaktorene ha liten vekt. Dette fordi finansavtaleloven er utarbeidet med hensyn til forbrukerne. Lovendringer innenfor forbrukervernet vil i utgangspunktet ikke påvirke rettsreglene mellom næringsdrivende, dersom det ikke er avtalt mellom partene. Det forretningsmessige aspektet blir dermed tonet ned med hensyn til at jevnbyrdigheten mellom partene er mer lik. Problemstillingen som er tema for avhandlingen er heller ikke aktuell i forbrukertilfellene, ettersom kreditor først må avklare betalingsevnen til hoveddebitor.³² Slik vil det også være for de tilfeller det er avtalt simpel kausjon.³³

³⁰ Fladen (1967). Hele boken handler om ulike typer bankgarantier.

³¹ De mest sentrale for garantier vil være gjeldsbrevloven § 5 og foreldelsesloven § 7.

³² Jf. finansavtaleloven § 71 (1)

³³ Smith (1997) s. 88

For garantiretten generelt er det meste av praksisen fra mellomkrigstiden, og det er hovedsakelig denne perioden som har lagt det meste av grunnlaget for garantirettens senere utvikling.

Omfanget av rettspraksis er beskjedent med hensyn til problemstillingen i oppgaven. Av høyesterettsavgjørelsene er Rt. 1933 s. 260, Rt. 1993 s. 1053 og Rt. 2005 s. 1447 særlig interessante. Utenom dette er det noe underrettspraksis.

Videre vil praksis fra Bankklagenemnda kunne være relevant. Nemnda er i utgangspunktet forbrukernes klageorgan overfor bankene, men har likevel tatt avtaler mellom næringsdrivende opp til behandling. Nemnda avsier ikke bindende vedtak, men vedtakene kan likevel være viktige rettskildefaktorer innenfor sitt område.³⁴

Med hensyn til at bankgarantier er mye brukt som sikkerhet, vil også kutyme være relevant. Kutyme vil være mest relevant ved tolkning og utfylling med bakgrunnsrett. Det kan være verdt å merke seg at omfanget av betalingsgarantier ikke står i stil med antall saker som har vært brakt inn for domstolsapparatet, noe som kan indikere at bransjepraksisen løser problemstillingen på en balansert måte. Bransjepraksisen er likevel vanskelig tilgjengelig.

Det er skrevet relativt mye om kausjonsretten, både beskrivelse av gjeldende rett og vurderinger de lege ferenda. Det er likevel svært lite teori som drøfter denne avhandlingens problemstilling. Av det jeg har funnet, er det bare Ussing, Smith, Krüger og Torvund som har berørt problemstillingen. Av disse er det bare Ussing og Smith som har drøftet den.

Med hensyn til at det er sparsommelig med praksis og teori i Norge, kan det også være relevant å trekke inn forhold fra utlandet. I denne forbindelse har jeg funnet frem til en FN-konvensjon og en internasjonal standardkontrakt som er utarbeidet av Det internasjonale handelskammer (ICC). Utenom disse to rettskildene, har jeg også funnet en rettsoppfatning som berører problemstillingen ved Godsk Pedersen fra Danmark.

³⁴ Hvilken vekt som bør tillegges BKN er utførlig drøftet i Torvund (1993). Han konkluderer med at for de tilfeller det er lite rettskildemateriale, kan avgjørelser i BKN få betydelig vekt.

1.5 Garantirettslige hensyn

Det er særlig to hovedhensyn som står mot hverandre. For det første er det effektivitetshensynet, gjerne kalt operasjonshensynet, som sier at kausjonsavtalen skal ha en reell garantifunksjon. Mot effektivitetshensynet må man veie kausjonistens krav på beskyttelse. Herunder hvordan kausjonisten oppfattet avtalen, forutberegnelighet, forutsetninger og lignende er også hensyn som må tas med i vurderingen.

Skal en garanti ha tilstrekkelig legitimitet i kredittmarkedet, kan ikke sikkerhetsfunksjonen for kreditor bli for usikker. Likevel vil en for stor vekt på dette hensynet kunne føre til urimelig harde og tyngende resultat for kausjonisten. For bankgarantier vil gjerne slike hensyn ikke være fremtredende i den enkelte sak, men dersom slike hensyn ikke blir tillagt vekt også der banker er kausjonssubjekt, kan det være grunn til å tro at den samlede virkningen blir at banker blir mer restriktive til å yte denne form for sikkerhet.

Det må kunne hevdes at hvilke hensyn som skal tillegges vekt i gitte situasjoner, vil variere etter kausjonssubjektet, forutsetninger og forholdene forøvrig. For bankgarantier vil gjerne banken som kausjonist møte strengere krav enn andre kausjonister, ettersom deres grad av profesjonalitet er høyere enn eksempelvis et firma som ikke har sitt hovedsaklige virkeområde innenfor finansnæringen. Slik ujevnbyrdighet i ekspertise vil likevel gjerne bli balansert ved at kreditorer som krever garanti bistås av advokater.

1.6 Den videre fremstilling

Med hensyn til at garantiretten er relativt kompleks, finner jeg det formålstjenlig å kort gjøre rede for betingelsene som må foreligge for at kreditor kan bringe garantien til forfall overfor garantidebitor. Dette gjør jeg i kapittel 2. Forfallsvilkårene er fellesbetingelser, uansett om det er prinsipal eller subsidiær solidaritet. Med hensyn til helhetsforståelsen og det garantirettslige rammeverket forut for problemstillingen, mener jeg oppgaven er best tjent med å ha et eget, kort, kapittel om dette. Skillet mellom prinsipalt og subsidiært solidaransvar er grunnleggende for garantiretten, og forteller også når garantien kan kreves dekket og altså med det noe om den reelle garantifunksjonen for kreditor.

I kapittel 3 skal jeg kort gjøre rede for kontraktsrettslige regler som er gjeldende for problemstillingen. Ettersom det er noe uenighet i teorien omkring terminologien ville det vært best om jeg viste til flere teoretiske fremstillinger. Når jeg likevel ikke gjør dette, er det fordi dette ikke er særlig relevant for problemstillingen.

Den konkrete drøftelsen omkring problemstillingen tilspisser seg i kapittel 4, hvor jeg gjennom praksis går nærmere inn på hva som skal til for å presentere garantikravet. I denne forbindelse ønsker jeg også å trekke inn refleksjoner fra teorien som er formulert rundt problemstillingen og tilstøtende materiale som er relevant.

I kapittel 5 vil jeg drøfte nærmere om hovedforholdet kan være veiledende for når garantien må gjøres gjeldende.

Til slutt skal jeg i kapittel 6 gjøre rede for funnene, kommentere svakheter ved resonnementene, trekke opp linjene for hvordan utviklingen har vært og hva som mest trolig har ført til denne utviklingen.

2 Kort om betingelsene for å bringe garantikravet fra sikringsstadiet til dekningsstadiet

2.1 Innledning

Garantien er på sikringsstadiet når den er passiv.³⁵ Garantiavtalen er på dette stadiet en passiv, betinget, *forpliktelse* for kausjonisten, samtidig som den er en passiv, betinget, *rettighet* for kreditor. Dersom forpliktelsen, eventuelt rettigheten, skal bli aktiv og gå over til dekningsstadiet, er det flere betingelser som må være tilstede. Disse betingelsene er kalt suspensive og resolutive betingelser. Grunnbetingelsene er like for alle garantier, og det er enighet i praksis og teori omkring dette. Kausjonsformene skiller seg med hensyn til når kreditor kan bringe garantien til forfall overfor garantidebitor, og dette avhenger av hvilket solidaransvar som ligger til grunn i kausjonsforpliktelsen.

2.2 Mislighold og forfall i hovedforholdet

At hovedfordringen er brakt til *forfall* overfor hoveddebitor og at denne har *misligholdt* forpliktelsen, er de to første av tre betingelser som må foreligge for å bringe garantikravet fra sikringsstadiet til dekningsstadiet. Den tredje betingelsen er å bringe garantien til *forfall overfor garantidebitor*, som jeg kommer tilbake til i punkt 2.3.

2.3 Forfallet overfor kausjonisten

2.3.1 Simple kausjoner

Dersom det ikke er avtalt noen kausjonsform, og man er utenfor finansavtaleloven, jf. finansavtaleloven § 2, er den deklarasjoniske hovedregelen at garantiansvaret er en simpel kausjon.³⁶

³⁵ Smith (1997) s. 68

³⁶ Smith (1992) s. 235

Dette er den minst tyngende kausjonsformen, ettersom debtors egne aktiva skal utnyttes fullt ut før kausjonisten kan søkes.³⁷ Hoveddebitor skal altså være insolvent, som formelt betyr at kausjonisten ikke kan søkes for kravet før etter utlodningen i konkursboet. I praksis er det likevel godtatt at kausjonisten kan søkes ved åpning av konkurs. Slik er også løsningen i finansavtaleloven, jf. lovens § 71 (5).

Den simple kausjonen kalles også for subsidiært solidaransvar, fordi kausjonisten har *beneficium ordinis*, som betyr at han har et rangmessig gode. En enkel og presis angivelse av garantiansvaret til den simple kausjonisten, er at kausjonisten skal dekke betalingsevnen til hoveddebitor. Dette kan også formuleres som insolvensrisikoen.

2.3.2 Selvskyldnerkausjoner

På bakgrunn av den alminnelige kontraktsfriheten, kan det avtales at kausjonen skal være av en annen art enn den deklatoriske hovedregelen. Vel og merke utenfor finansavtaleloven, jf. dens § 2 jf. § 71 (1).

At kausjonen er en selvskyldnerkausjon innebærer at kreditor kan bringe garantien til forfall overfor kausjonisten med en gang misligholdet er inntrådt. Mislighold er altså tilstrekkelig.³⁸

I garantiforhold utenfor finansavtaleloven er denne kausjonsformen den praktiske hovedregel.

Selvskyldnerkausjonen inneholder, sett i forhold til den simple kausjonen, et tilleggsansvar, nemlig ansvaret for betalingsviljen til hoveddebitor, alternativt formulert som misligholdsrisikoen.

³⁷ Smith (1997) s. 89

³⁸ Smith (1997) s. 85

3 Tolking av garantiavtaler

3.1 Innledning

For at det skal foreligge en garantiavtale, må det foreligge en dispositiv erklæring.³⁹ Det er i garantiforhold, som i avtaleretten generelt, ingen formelle krav til den dispositive erklæringen. Den praktiske hovedregelen er likevel at kontrakter mellom næringsdrivende generelt, og i kausjonsforhold spesielt, vil være skriftlige, ettersom sikkerheten ofte skal fremvises i hovedforholdet, samt at den vil være av bevismessig art.

Gjenstand for kapittelet er tolkingsregler som er fremtredende i garantiforhold. Å gi seg inn på en generell fremstilling av avtaleretten vil ikke tjene til ytterligere belysing av problemstillingen, og må således falle utenfor oppgavens fremstillingsrammer. Kapittelet skal tjene som grunnlag for kapittel 4 og 5.

Forhold omkring avtaleinngåelsen faller også utenfor oppgaven med hensyn til problemstillingen.

3.2 Nærmere om det rettslige utgangspunktet for tolkingen av garantiavtaler

For å illustrere at garantiavtaler ikke er et rent tilfelle av gjensidig bebyrdende avtaleforhold, er det nødvendig å kort gå gjennom de to utgangspunktene som gjelder for tolkning av disposisjoner, nemlig det subjektive⁴⁰ og objektive tolkningsprinsipp⁴¹.

Problemstillingen reiser seg ettersom selve garantiavtalen i forholdet mellom garantisten og kreditor er en ensidig forpliktelse. Vanligvis er det hoveddebitor, eller andre som har interesse av at det blir stilt garanti, som betaler for garantien, slik at det strengt tatt ikke er gjensidighet mellom kreditor og garantisten.

³⁹ Smith (1997) s. 39.

⁴⁰ Hov (1998) s. 139

⁴¹ Hov (1998) s. 140

Gaver og gjensidig bebyrdende avtaler er disposisjonsmessig to ytterpunkt, ved at byrden ved gaver tilligger den ene parten. Utgangspunktet ved gaver er derfor at det som er gavegiverens vilje skal legges til grunn, i motsetning til gjensidig bebyrdende avtaler, der den felles subjektive forståelsen skal være det rettslige utgangspunktet. Det subjektive tolkingsprinsippet går i korthet ut på at avtalens virkning ikke går lenger enn partenes vilje på avtaletidspunktet.

Det kan kort slås fast at det for garantiavtaler i næringsforhold er klart at sikkerheten ikke er en gave. I sin alminnelighet er det også lite naturlig å benevne disposisjoner i næringsforhold som gaver.⁴²

Når det likevel er relevant å peke på omstendighetene, er det fordi gjensidigheten ikke er mellom den som yter og den som mottar. Avtalekonstruksjonen har derfor sider som ikke passer like godt inn i den tradisjonelle tolkingsprosessen for gjensidig bebyrdende avtaler. Kausjoner har på denne måten rettslige merker av å være både ensidige og gjensidige disposisjoner, ettersom garantiforholdet egentlig består av tre parter som ikke står i gjensidig forhold til hverandre. Dette kan ha betydning for hva partene legger i avtalen.

Smith hevder det ikke er nødvendig å skille mellom debitor og garantist med hensyn til hvem som betaler for garantien, fordi det har liten eller ingen betydning for den økonomiske realiteten i hovedavtalen⁴³. Dette synspunktet må også kunne legges til grunn i det praktiske liv, da rettspraksis har praktisert ordlydsorientert tolkning av kausjonsavtaler. Dette taler for at det er tolkningsprinsippene som gjelder for gjensidig bebyrdende avtaler, som skal legges til grunn i tolkningsprosessen, på lik linje med andre flerpartsavtaler.⁴⁴ Dette synspunktet har også generell oppslutting i teorien. Ettersom det i flerpartsavtaler er vanskelig å finne frem til hver av partenes felles subjektive forståelse av kontraktsteksten,

⁴² Vinje (1999) s. 22

⁴³ Smith (1992) s. 65 flg.

⁴⁴ Se eksempelvis Hov (1998) s. 142

vil den praktiske konsekvens være at de objektive merkene ved avtalen vil være mest tungtveiende i tolkningsprosessen av motstridene forståelse.

Med tanke på det som er skrevet ovenfor, om objektiv tolkning som den praktiske hovedregelen, vil ordlyden ha spesielt stor vekt i tolkingen. Det må forventes at aktørene i næringslivet slutter seg til en ordlyd som er et presist og korrekt uttrykk for egen vilje. Når man da legger vekt på ordlyden vil det fremme forutberegneligheten for partene, som er et av de bærende hensynene i næringsforhold og følgelig garantiforhold i næringsvirksomhet. Dersom de ovennevnte tolkningsreglene ikke er egnet til å bringe bort tolkningstvil, vil det være vanlig praksis å se hen til supplerende tolkningsregler.

Etter dette er det de alminnelige tolkningsregler for gjensidig bebyrdende avtaler som gjelder for tolking av garantier.

3.3 Nærmere om tolking av garantiavtaler

3.3.1 Supplerende tolkningsregler med særlig relevans i garantiforhold

De supplerende tolkningsreglene kan formuleres som tommelfingerregler i tolkningsprosessen, som har bred og langvarig oppslutning.⁴⁵

Ejusdem generis⁴⁶ og uklarhetsreglen⁴⁷ er kjente supplerende tolkningsregler. Videre går rettelser, tilføyelser, hovedbestemmelser, spesielle bestemmelser og nyere bestemmelser foran grunntekst, generelle bestemmelser og eldre bestemmelser.⁴⁸

For oppgavens problemstilling er det i første rekke uklarhetsreglen og spesielle bestemmelser som vil ha vekt i tolkningsspørsmål.

Uklarhetsreglen vil typisk kunne være relevant dersom den ene parten legger et annet innhold i begrep med ellers kjente rettsvirkninger. Et enkelt eksempel kan være at

⁴⁵ Hov (1998) s. 151

⁴⁶ Betyr at ord og uttrykk i avtalen skal tolkes i sammenheng. Se Vinje (1999) s. 76.

⁴⁷ Uklarhetsreglen betyr at avtalen skal tolkes i disfavør den som utarbeidet avtalen. Se Vinje (1999) s. 147.

⁴⁸ Hov (1998) s 154

kausjonen ikke er klar på om det er inngått simpel kausjon eller selvskyldnerkausjon. Ettersom simpel kausjon er deklarasjonsregel, vil den som påstår at det foreligger en selvskyldnerkausjon måtte ha bevisbyrden for det.

At spesielle bestemmelser går foran generelle bestemmelser, kan få konsekvenser for hvilke virkninger som er knyttet til opphør av ansvaret. I en garanti er det gjerne inntatt særlige bestemmelser om dette, slik at reglene om opphør ofte er strengere enn foreldelsesloven.

3.3.2 Tolkingsmoment

Tolkingsmoment er det samme som tolkingsfaktorer, og virker således som argumenter for bestemte løsninger.⁴⁹ Disse argumentene kommer inn som faktorer som kan kaste lys over utsagn når det anvendes tolkingsregler i avvegingen av de relevante rettskildefaktorene.

Hva partene mente da avtalen ble undertegnet, altså partenes forutsetninger, er relevant for å fastslå innholdet. Slike vil være vanskelig å finne frem til i kommersielle forhold generelt, og i garantiforhold spesielt på grunn av partssammensetningen.

Vederlagets størrelse kan også være en indikator for partenes forutsetninger og hvor mye risiko debitor, i dette tilfellet garantidebitor, er villig til å ta i kontrakten. I garantiforhold er det vanligvis mellom 1 og 3 prosentpoeng av det garanterte beløpet som utgjør vederlaget. Det vil derfor være to variabler som utgjør vederlaget. For det første hvor stort det garanterte beløpet er, og for det andre hvor høy prosentsats som er brukt i kontrakten. Det har i rettspraksis tilsynelatende ikke vært lagt vekt på kausjonsvederlaget, da dette momentet ikke har vært drøftet i de avgjørelsene jeg har funnet på området.

Det faktiske forhold som avtalen springer ut fra er også relevant for å forstå konteksten utsagnet blir gitt i, og vil således kunne fortelle om situasjonen på avtaletidspunktet. Eksempelvis er det relevante forhold om garantiavtalene er inngått mellom næringsdrivende, hva det er garantert for, bakgrunnen for at avtalen kom i stand og

⁴⁹ Se eksempelvis Hov (1998) s. 155

lignende. Slike forhold vil være relevante fordi de kan fortelle om bakgrunnen for garantiavtalen, og således være veiledende for vektvurderingen av de garantirettslige hensynene.

Videre er lojalitetshensyn, partenes etterfølgende opptreden og ordinære språklige retningslinjer moment som kan virke klargjørende i avtaleforholdet.

I tillegg må også utfylling med bakgrunnsrett nevnes. Dersom det er inngått en selvskyldnerkausjon, vil bakgrunnsretten kausjonsformen fører med seg kunne løse eksempelvis når kreditor kan kreve utbetaling under garantien.

3.3.3 Sammendrag

Med hensyn til at tolkings- og utfyllingsprosesser må gjøres på bakgrunn av objektive kriterier, vil uklarhetsregelen og tekst som er påført etter grunnteksten være de mest relevante tolkingsreglene for garantiforhold. Videre vil det faktiske forholdet garantien springer ut fra være det mest relevante tolkningsmomentet, sammen med eventuell korrespondanse med hensyn til fastsettelsen av tekst og dato i den individuelle tekstboksen i garantidokumentet. Av særlig relevant juridisk hensyn må operasjonshensynet og minimumsregelen måtte trekkes frem på grunn av effektivitetshensynet, forutberegnelighet og formålsbetraktninger.

4 I hvilken form skal kreditor melde kravet for å gjøre garantien gjeldende?

4.1 Innledning

Problemstillingen melder seg når hovedytelsen er misligholdt og brakt til forfall overfor hoveddebitor. Slik overskriften indikerer, er spørsmålet i dette kapitlet *hvordan* kreditor skal melde kravet sitt overfor garantidebitor.

Den nærmere problemstillingen for kapitlet er om kreditor må bringe garantien til forfall overfor garantidebitor innen tidsfristen, eksempelvis ved påkrav⁵⁰, eller om garantien kan gjøres gjeldende med betinget krav.

Det kan være flere grunner til at kreditor ikke innhenter utestående fordringer med en gang misligholdet inntreffer. Eksempelvis kan det være hederlige motiver om å hjelpe hoveddebitor over den verste krisen i påvente av bedre tider. Det kan også tenkes at det skjer forglemmelser fra kreditors side. Felles for slike tilfeller er at garantidebitors aktivastatus blir forverret om misligholdet vedvarer. Dette er tap kausjonisten har risiko for, men som kausjonisten har rett til å kreve tilbake ved regress. Det selvsagte utgangspunktet er at dette er risiko garantisten har tatt på seg, og må bære ansvaret for. Likevel kan dette ha en lojalitetsside overfor garantidebitor. Et relevant lojalitetshensyn er formulert i Rt. 1994 s. 775.⁵¹ Det vil derfor kunne ha stor betydning for garantidebitor når forfallet overfor garantisten skal utføres.

⁵⁰ Påkrav betyr et krav fra kreditor til debitor om å betale, jf Gisle (1999) s. 230. Dette er således et ubetinget krav.

⁵¹ I dommen slår Høyesterett fast at det gjelder et lojalitetsprinsipp mellom konkurrerende rettighetshavere. I saken var det to banker som var kreditorer, og tvisten gjaldt ikke å føre en garanti til forfall overfor debitor, men gjennopplåning på panteobligasjon. Jeg mener dommen likevel er relevant, ettersom det sier noe om at kreditor må ta hensyn til hverandre.

Overgangen fra sikringsstadiet til dekningsstadiet er det mest kritiske punktet i garantiens virketid, særlig dersom garantien er tidsbegrenset og har selvstendig opphør. Det er på dette tidspunktet partenes rettigheter og forpliktelser materialiserer seg. Det vil være rasjonelt at partene i garantiavtalen påstår den forståelsen som vil være mest gunstig for egen rettsposisjon. Banken vil da gjerne hevde at kravet må være ubetinget og fremkommet innen datoen, dersom slikt ikke er fremkommet, mens kreditor mener det er tilstrekkelig at kravet er oppstått innenfor tidsperioden i garantidokumentet.

Det som skal undersøkes nærmere i kapittelet er om det på bakgrunn av praksis og teori, kan utledes holdepunkter for hva som skal til for å gjøre garantien gjeldende overfor garantisten, når datoen er å anse som en resolutiv betingelse. Ettersom garantiteksten i slike tilfeller stiller vilkår om at det må fremkomme et krav,⁵² vil problemstillingen ytterligere presisert være om det er tilstrekkelig å melde et betinget krav til garantidebitor, eller om det må kreves utbetalingskrav/påkrav innenfor datoen.

Formuleringene som brukes i forfallsvilkåret overfor garantisten er i all hovedsak like, slik at rettspraksis omkring lignende og tilsvarende formuleringer har vekt med hensyn til fastleggelsen av innholdet for andre garantidokument.

I det følgende skal jeg søke å finne frem til gjeldende rett. For vektvurderingen til siste avgjørelse er det også relevant å se på utviklingen som ligger forut for denne.

Jeg tar først for meg rettspolitiske hensyn som knytter seg til hvordan garantien bør gjøres gjeldende, for deretter å se disse opp mot andre rettskilder. Det kan i denne sammenheng være verdt å nevne at det som jeg har kalt rettspolitikk her, i realiteten er de respektive teoretikerne sine vurderinger av de lege lata på publiseringstidspunktet. Når jeg likevel har valgt å disponere kapittelet på denne måten, er det fordi det kan være grunn til å tro at siste

⁵² Jf den representative forfallsformuleringen i Rt 2005 s. 1447, som er gjengitt i punkt 1.2.1.

dom på området, Rt. 2005 s. 1447, kanskje endrer rettstilstanden. Det vil av den grunn, etter min mening, være best å vurdere slutninger i teorien og bakgrunnen for disse opp mot den nevnte dommens premisser og resultat.

4.2 Rettspolitiske vurderinger

4.2.1 Innledning

Selv om teoretiske synspunkter generelt har mindre grad av rettskildemessig vekt⁵³, har teoretiske fremstillinger likevel interesse med hensyn til å drøfte forståelsen av gjeldende rett og de lege ferenda-vurderinger i datiden. Ettersom kausjonsretten utenfor forbrukertilfellene er ulovfestet, blir teoretiske fremstillinger ofte referert til i rettspraksis. Eksempel i denne forbindelse kan være Rt. 1933 s. 260 og Rt. 1993 s. 1053.

Det er naturlig å starte med Henry Ussing, ettersom hans verk ”Kaution” fra 1928 har påvirket kausjonsretten betydelig.⁵⁴

Andre forfattere som spesielt bør nevnes er Smith som med Garantirett III fra 1992 også har hatt stor innvirkning på garantiretten.

I tillegg til de to nevnte har Torvund også kommentert problemstillingen om hva som skal til for å presentere et krav, altså om det er et utbetalingskrav som skal til for å gjøre garantien gjeldende, eller om det er tilstrekkelig med et betinget krav.

4.2.2 Teoretiske utgangspunkt og synspunkt

Ussing drøfter problemstillingen om hva som skal til for å gjøre garantikravet gjeldende i forbindelse med kausjonens opphør når det er inntatt tidsbegrensning. For tilfeller der tidsfristen setter en grense for når garantikravet kan gjøres gjeldende, eksemplifiserer han å gjøre garantien gjeldende med søksmål eller påkrav.⁵⁵ I denne forbindelse uttaler Ussing at påkrav må være tilstrekkelig.⁵⁶

⁵³ Eckhoff (2001) s. 270.

⁵⁴ Hagstrøm (2003) Jussens Venner, s. 45.

⁵⁵ Ussing (1928) s. 301

⁵⁶ Ussing (1928) s. 301, note 52.

Etter dette bør det kunne legges til grunn at det etter Ussings lære skal enn garanti gjøres gjeldende med ubetinget krav innenfor tidsbegrensingen. Dette styrkes ved at han bruker formuleringen om at det er tilstrekkelig.

Smith redegjør for de alminnelige forfallsbetingelsene for selvskyldnerkausjoner, og skriver at det oppstår en potensiell ytelsesplikt for kausjonisten når hovedfordringen misligholdt og forfalt. Potensiell, fordi kreditor også må bringe garantien til forfall overfor garantisten. Kreditor har altså en aktivitetsplikt. Smith beskriver kreditors aktivitetsplikt slik

”Kreditor må videre rette påkrav overfor kausjonisten. Fordringshaveren kan godt la være å gå på kausjonisten selv om alle vilkår for kausjonens forfall er tilfredstilt. Han må bare passe på at kravet ikke blir foreldet. Kausjonisten har ingen oppfordring om å betale så lenge kreditor ikke har krevet henne. Og man kan derfor ikke anse forfall i betydningen av betalingsplikt, for inntrådt før påkrav.”⁵⁷

Det er relevant å ta tak i det Smith skriver om kreditors aktivitetsplikt, og hvor lenge kreditor har denne retten.

Utgangspunktet er klart, nemlig at kreditor har rett til å bringe garantikravet til forfall overfor garantisten frem til foreldelse inntreffer.

Foreldelse er en opphørsbestemmelse, og spørsmålet som melder seg i forhold til problemstillingen, er om avtalte, selvstendige, opphørsbestemmelser har samme rettsvirkning som foreldelsesreglene. Slike avtalte, selvstendige, opphørsbestemmelser vil typisk være en tidsfrist, eksempelvis en utløpsdato, som er inntatt i garantidokumentet. Smith skriver

”Det er ikke uvanlig at man i avtalen mellom kausjonist og kreditor vil finne resolute betingelser som angir fremtidige bestemmelser som skal føre til opphør av kausjonistens forpliktelse. Oppfylles betingelsen, vil kausjonisten bli fri sitt ansvar.”⁵⁸

⁵⁷ Smith (1992) s. 250

⁵⁸ Smith (1997) s. 117

Det må etter dette kunne legges til grunn at Smith mener rettsvirkningen av at det foreligger en resolutiv betingelse, er at det har samme rettsvirkning som de alminnelige foreldelsesreglene.

For spørsmålet om en tidsfrist kan være en resolutiv betingelse, siteres det

”Særlig praktisk er at det i kausjonsavtalen finnes en tidsbegrensning. Da står man ovenfor en betingelse som partene med sikkerhet vet vil inntre. Slike tidsbegrensninger reiser et spesielt problem. Setter tidsfristen en grense for kausjonene omfang eller dens varighet? Det er med andre ord et spørsmål om kausjonisten skal helt slippe fri sitt ansvar i det øyeblikk det avtalte tidspunktet inntreffer.”⁵⁹

Hva som skal til for å gjøre garantien gjeldende, fremgår av kreditors aktivitetsplikt i garantidebitors ytelsesperiode, se ovenfor. Smith refererer til dette som påkrav.⁶⁰

Etter dette finner jeg det forsvarlig å legge til grunn at Smith hevder at garantien forfaller overfor garantidebitor ved påkrav som alminnelig regel, og at dersom påkrav ikke fremmes innenfor tidsfristen oppheves garantiansvaret.

Torvund skisserer også problemstillingen. Han konkluderer med at det ikke er noen klar hovedregel på dette, når kausjonsavtalen er taus. Inntrykket til Torvund er likevel at de fleste kausjoner sier at garantien må være gjort gjeldende innen fristens utløp, altså at datoen viser til varigheten, ikke omfanget. I denne forbindelse sier Torvund at det er tilstrekkelig å fremsette et betinget krav, og baserer slutningen på BKN 92023 og RG 1991 s 1165.⁶¹

⁵⁹ Smith (1997) s. 117

⁶⁰ Dette er også tolket på same måte av Rt. 1993 s. 1053.

⁶¹ Jeg kommer tilbake til disse avgjørelsene.

4.2.3 Oppsummering

Som man kan se er det ulike oppfatninger i teorien med hensyn til hvordan garantikravet skal bringes til forfall overfor garantidebitor, når tidsbegrensningen er ansett som en begrensning av varigheten.

At det er ulike oppfatninger om dette taler mot at det foreligger en alminnelig regel som kan utfylle garantiavalen, når denne fremstår som uklar på dette punktet.

I det følgende skal jeg se nærmere på andre rettskilder for å se om det er mulig å utlede en slutning.

4.3 Internasjonal rett

4.3.1 Innledning

I dette kapittelet vises det til en dansk, teoretisk forståelse av en relevant FN-konvensjon for problemstillingen, og en internasjonal standardkontrakt som er utarbeidet at Det internasjonale handelskammer.

Hensynene på garantirettens område er i store trekk de samme, uansett hvor garantiforholdet utspiller seg og hvem som er parter i garantiavtalen.⁶² Disse er derfor relevante for drøftelsen. Jeg skal i dette punktet se på hvilke slutninger Det Internasjonale Handelskammer (ICC) har kommet til gjennom bestemmelsen i standardkontrakten Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG). Videre skal jeg også se på FNs konvensjon om internasjonal harmonisering av rettsreglene for garantistillelse, United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, av 11. desember 1995.

Hvordan bestemmelsene er utformet sier også noe om avveiningen av hensynene. Ettersom hensynene ikke er uttalt, eller jeg har tilgang til forarbeidene, vil bare hovedhensynene komme frem. Altså, operasjonshensynet og hensynet til garantistens forventinger om å bli fri for ansvar.

⁶² Vinje (1999) s. 10.

URDG er ikke deklarasjonsrett, men gjelder som nevnt bare for de tilfeller den er gjort til en del av garantiavtalen. Kontraktsformularet er likevel relevant som illustrasjon på hvordan reglene i garantiforhold er balansert i utenlandsk rett, og som et uttrykk for en konsensus med hensyn til hvordan kryssende hensyn best blir ivarettatt.⁶³

4.3.2 ICC sin standardkontrakt for demandgarantier

ICC sin standardkontrakt er tilsiktet brukt i internasjonale forretningsforhold, og inneholder regler for demandgarantier. Demandgarantier er først og fremst betegnelsen som blir brukt i internasjonale forhold. Direkte oversatt til norsk er demandgarantier påkravsgarantier. Forskjellen mellom selvskyldnerkausjon og demandgarantier er i første rekke at garantikreditor kan kreve garantidebitor uten å måtte dokumentere at grunnlaget for garantikravet er tilstede. Men, etter gjeldende rett er hovedregelen at honorering skal nektes, dersom garantisten "forstod, eller burde forstått at kreditors krav var klart uberettiget".⁶⁴ Forskjellen mellom demand- og selvskyldnergaranti er derfor ikke særlig stor. Det er også hevdet at demandgarantier ikke dekker et reelt behov ved siden av alminnelig selvskyldnergaranti.⁶⁵ Etter dette finner jeg konvensjonen relevant med hensyn til å kaste lys over forfallsvilkåret overfor garantidebitor i selvskyldnerforhold.

Kravsbestemmelsen i URDG står i chapter D, "Demands", og artikkel 19 er utformet slik

"A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its expiry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event as defined in Article 22. In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose of the demand, and any statement required by Article 20, shall be presented to the Guarantor before its expiry at its place of issue; otherwise the demand shall be refused by the Guarantor."

⁶³ Utbredelsen av standardkontrakten har jeg ikke funnet noen kilder om. FNs konvensjon er pr. april 1997 ikke ratifisert av noe land.

⁶⁴ Vinje (1999) s. 188

⁶⁵ Vinje (1999) s. 187

Bestemmelsen er utformet på vanlig måte, der den generelle hovedreglen står i første punktum med påfølgende presisering i andre punktum. Hovedregelen sier ikke mer enn det selvsagte, at kravet skal være i henhold til garantibestemmelsen i garantiavtalen. Andre punktum presiserer at alle dokument i garantien som skal til for å få utbetaling, skal presenteres for garantisten før tidsbegrensningen. Det må kunne sluttet av dette at bestemmelsen sier at utløpsdatoen er siste mulighet for å kunne be om utbetaling. Datoen er her bestemt til å være en selvstendig opphørsbetingelse som ikke kan utskytes med varsel om ansvar.

4.3.3 FNs konvensjons for uanhengige garantier og standby letters of Credit

Standby Letters of credit er et alternativ til demandgarantier. I realiteten er demandgarantier og standby letters of credit det samme. Årsaken til ulik benevnelse er at USA og Japan har forbud mot bankgarantier. Ved å fremheve kredittaspektet har disse landene godkjent denne konstruksjonen. Standby letters of credit blir også utstedt i Europa, selv om det like gjerne kunne være demandgarantier. Etter norsk rett må det antas at demandgarantier og letters of credit vil bli behandlet på samme måte.⁶⁶ Dette har også kommet til uttrykk gjennom at FN har utarbeidet et felles regelsett for demandgarantier og Standby Letters of credit. Dette er gjort gjennom UNICTRAL, som har utarbeidet konvensjonen United Nations Convention on independent guarantees and standby letters of credit, av 11. des 1995. Retten til å kreve utbetaling står i kapittel III "Form and content of undertaking", artikkel 11, "Cessation of right to demand payment". For oppgavens problemstilling er det artikkel 1, bokstav d) som er relevant, ettersom den knytter seg til gyldighetsperioden. Nevnte artikkel lyder slik

The right of the beneficiary to demand payment under the undertaking ceases when:

(d) The validity period of the undertaking expires in accordance with the provisions of article 12.

Artikkel 12 inneholder regler for hva som skal regnes som utløpsdato for de tilfeller utløpsdagen ikke er en virkedag, at det ikke er kontraktsfestet en utløpsdato og lignende.

⁶⁶ Vinje (1999) s. 186

Jeg finner det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette, da det ikke er egnet til å belyse problemstillingen i ytterligere grad.

4.3.4 Tolking konvensjonen og standardkontrakten

Den danske juristen og lærebokforfatteren Hans Viggo Godsk Pedersen drøfter kravsvilkårene i de to nevnte rettskildene.

Som vist ovenfor, står det i URDG artikkel 19 at alle dokument som skal til for å kunne be om utbetaling, skal presenteres før utløpsdatoen.

Godsk Pedersen drøfter de praktiske virkningene av konvensjonen i forhold til dansk rett⁶⁷, og slutter at dersom man legger regelen unyansert til grunn, vil den kunne få urimelig harde følger for visse typer garantier. Dette vil gjelde de kreditorene som ikke kan fremlegge garantikravet uten å foreta ytterligere skritt. Dette blir eksemplifisert av Godsk Pedersen for tilfeller der garantikravet må følges av et dokument utstedt av domstol eller uavhengig tredjemann. I slike tilfeller vil kreditors aktivitetsplikt avhenge av omstendigheter kreditor ikke kan råde over i tilstrekkelig grad.

I norsk rett kan man for disse synspunkter trekke parallell mellom de to hovedformene av garantier, altså simple kausjoner og selvskyldnerkausjoner.

Parallellen er relevant fordi det i simple kausjonsforhold også er forhold kreditor ikke råder tilstrekkelig over i aktivitetsplikten for å fremme garantikrav. Som nevnt ovenfor er grunnvilkårene for å bringe prinsipal og subsidiær kausjon til forfall like, men med tilleggsvilkår for det subsidiære solidaransvaret, nemlig virkningen av *beneficium ordinis*. Dette innebærer at kreditor først må utnytte hoveddebitors formuesmasse, som igjen betyr at hoveddebitor må være insolvent.⁶⁸

Relevansen av konsekvensene som Godsk Pedersen skriver om, er her at debitor må være insolvent, og at dette må dokumenteres av kompetent tredjepart.

⁶⁷ Godsk Pedersen (2003) drøfter det som det blir referert til i punkt 4.4 i kapitlene 2 og 4.

⁶⁸ Smith (1997) s. 88 flg.

Godsk Pedersen mener at dersom det ikke er vist til regelsett som mer inngående regulerer spørsmålet, vil det være nærliggende å legge til grunn at det for de tilfeller kreditor selv kan råde over omstendighetene i kreditors aktivitetsplikt, skal samtlige dokument for å kunne kreve utbetaling være oppfylt senest på utløpsdagen.

Godsk Pedersen drøfter også kravsvilkåret i Convention of Indendent Guarantees of Standby Letters of Credit. Godsk Pedersen presenterer også det som et utbetalingskrav.

4.3.5 Slutning

Etter dette må det kunne legges til grunn at konvensjonen og standardkontrakten legger til grunn at når det er tidsfrist for å gjøre garantien gjeldende, så gjøres den gjeldende med et utbetalingskrav, altså et ubetinget krav.

4.4 Rettspolitiske hensyn sammenholdt med tidligere praksis

4.4.1 Innledning

I dette kapittelet skal det ses på hvordan de rettspolitiske vurderingene forholder seg til praksis rundt problemstillingen. Jeg går gjennom dem i kronologisk rekkefølge.

4.4.2 Rt. 1933 s. 260

Twisten i dommen gjelder ikke en bankgaranti, men den er likevel relevant med hensyn til at den er blitt brukt som grunnlag for å utlede generelle synspunkt på garantirettens område.⁶⁹ Den er heller ikke avvist med hensyn til relevansen av Høyesterett i Rt. 2005 s. 1447.

Saken gjaldt en privatperson som tok på seg selvskyldnerkausjon for en annen privatpersons gjeld til banken. Garantien var begrenset til å gjelde i 5 år, og inntil kr 30 000.

Spørsmålet var om garantien var bortfalt når kreditor ikke hadde rettet krav mot garantisten innen fristens utløp.

⁶⁹ Smith (1992) s. 314 flg.

Årsaken til at kreditor ikke krevde kausjonen tidligere, var at hoveddebitor var under konkursbehandling. Kreditor hevdet kausjonen ikke kunne bortfalle når kreditor avventet utfallet av bobehandlingen før han gikk på kausjonisten. Kreditor fikk ikke medhold, men det var dissens 4-3. Dissensen gjaldt tolking av garantiteksten, nærmere bestemt om tidsbestemmelsen begrenser omfanget av garantien eller varigheten. Begge fraksjonene forankrer konklusjonene i Ussing.

Flertallets angivelse av hva som skulle til for å gjøre garantien gjeldende, kommer til syne gjennom følgende formulering

”Man antar saaledes, at den foreliggende garantierklæring maa oppfattes saa, at den fastsetter en tidsbegrensning for garantiens varighet”

I denne forbindelse følger flertallet opp med

”Virkningen maa da normalt være, at kausjonsforpliktelsen opphører, dersom kreditor innen fristens utløp ikke gjør sin rett gjeldende mot kausjonisten, f. eks. ved søksmaal eller utenrettslig påkrav, se Ussing: Kaution, s 381.”

Mindretallet mente tidsfristen gjaldt garantiens omfang, og med det når garantikravet måtte være oppstått. Mindretallet tar med det ikke stilling til hvordan garantien skal gjøres gjeldende.

Det sentrale i Rt 1933 s 260 for denne fremstillingens problemstilling, er hvordan retten formulerer å gjøre garantien gjeldende. Både påkrav og søksmål er ubetingede krav, slik at utgangspunktet som skrives taler mot at betingende krav, på generelt grunnlag, er tilstrekkelig for å gjøre garantien gjeldende. I denne forbindelse ble det også sagt at garantien opphører dersom den ikke er gjort gjeldende.

4.4.3 RG. 1991 s. 1165

I saken hadde banken tatt på seg selvskyldnerkausjonsansvar for riktig betaling fra hoveddebitor, for en leveranse av kalendere. Garantien var begrenset oppad til kr 338 800, og hadde en gyldighetsperiode som gjaldt til 13. januar, 1990.

Garantiteksten var ellers utformet slik

Denne garanti er gyldig til 13.1.90, innen hvilken dato et eventuelt krav under garantien må være fremkommet skriftlig til oss”

Det ble tvist om kalendernes kvalitet, og hoveddebitor nektet å betale. Kreditor sendte i den anledning brev til banken med krav om utbetaling under garantien 15. januar 1990, altså to dager etter fristen. Forut for dette kravet var det sendt varsel om at krav ville komme når tvisten i hovedforholdet hadde klarlagt garantiomfanget.

Retten fant at brevene forut for selve utbetalingskravet i realiteten var en søknad om forlengelse av kravet, og ikke et krav og at dette tilfredsstiller å være et betinget krav fordi det angir en presis betingelse som grunnlag for at det ikke blir krevd.

For spørsmålet om garantidokumentet var for sent fremsatt, kommer retten til at det var tilstrekkelig med betinget krav, og legger i den forbindelse betydelig vekt på at tvisten i hovedforholdet gjør det uklart hvor stort misligholdet var, og således garantikravet, kom til å bli.

Jeg kommer tilbake til dommen i neste kapittel, der jeg skal se nærmere på i hvilken grad hovedforholdets betydning, altså hva det er garantert for, har innvirkning på forfallsvilkåret. Det relevante for dette kapitlet er at betinget krav har vært godtatt, utenom i Rt 2005 s 1447, og således er en rettskildefaktor som er relevant i drøftelsen. Når det gjelder vekten, kommer jeg tilbake til den konklusjonen i dette underkapitlet.

4.4.4 Bankklagenemndas avgjørelse av 9. april 1992, (BKN-92023)

Banken påtok seg selvskyldnergaranti for husleieforpliktelser i næringsvirksomhet. Garantien var begrenset til kr 20 000, og hadde en oppsigelsesfrist på tre måneder. Spørsmålet i saken var hva som kunne kreves dekket av garantien

”Tvisten mellom partene gjelder hvorvidt garantien er begrenset til å dekke 3 måneders husleie”

Leieforholdet ble sagt opp, og kreditor sendte påkrav til banken og gjorde garantien gjeldende i sin helhet. Nemnda fant dette tilstrekkelig til at garantien også skulle dekke fremtidige terminer når de forfalt innenfor garantiperioden.

Avgjørelsen bygger således under at garantien skal gjøres gjeldende ved påkrav.

4.4.5 Rt. 1993 s. 1053

Banken påtok seg selvskyldnergaranti for husleieforpliktelse i næringsvirksomhet. Garantien var begrenset til kr 969 500 og til 9. mai 1992. Det var inntatt en 6 måneders oppsigelsesfrist.

Hoveddebitor kom i økonomiske vanskeligheter og banken sa opp garantiavtalen med virkning fra 15. mai 1988.

Kreditor krevde i den forbindelse utbetaling under garantien den 30. april, men frafalt kravet den 21. april på grunn av en avtale mellom partene i hovedforholdet.

I juli 1989 fremmet kreditor krav om utbetaling av garantien. Banken avviste kravet med begrunnelse om at det var fremsatt etter 15. mai 1989, og således at det var for sent fremsatt.

Retten kommer til at betalingskravet måtte være fremsatt innen 15. mai for at banken skulle ha utbetalingsplikt.

Førstvoterende begrunner dette med følgende

”Hovedfordringen må, med andre ord, være bragt til forfall overfor debitor før garantisten kan pålegges å oppfylle. Som alminnelig regel legger jeg videre til grunn at garantisten fra kreditor må ha fått påkrav om å oppfylle, jf Smith: Garantirett III (2. utgave) s 250-251.”

Begrunnelsen følges opp med

”For at garantisten skulle ha plikt til å betale, måtte hovedfordringen være forfalt eller bragt til forfall overfor debitor, og dessuten måtte betalingskrav være fremsatt overfor garantisten innen oppsigelsesfristens utløp 15 mai 1989... Jeg finner støtte for dette i to eldre høyesterettsdommer som har vært påberopt i saken, Rt 1933 s 260 og Rt 1935 s 979.”

Leser man dommen i kontekst med Rt. 1933 s. 260 styrkes vekten om at utgangspunktet er at garantien gjøres gjeldende med ubetingete krav, altså utbetalingskrav.

Retten tar utgangspunkt i Smith om at det må fremsettes påkrav. Fra det ovenfor siterte finner retten at det må være påkrav, og at dette støttes av to eldre dommer.

4.4.6 Sammendrag

Som man kan se ovenfor, er det noe sprikende oppfatning om hva som skal til for å gjøre garantien gjeldende.

På den ene siden ser det ut til at rettspraksis har slått fast et rettslig utgangspunkt om at det skal gjøres utbetalingskrav før datoen, jf. Rt 1993 s. 1053..

På den andre siden er det avgjørelse som godtar betinget krav, jf. RG 1991 s. 1165.

Med hensyn til at sistnevnte er underrettspraksis, byrettsdom, og at Rt. 1993. 1053 er senere i tid, er det grunnlag for å slutte at det før Rt. 2005 s. 1447 måtte fremsettes utbetalingskrav for å gjøre garantien gjeldende.

Som nevnt mener jeg Smith og Ussing også legger dette til grunn. Torvund legger imidlertid til grunn at det er tilstrekkelig med betinget krav, og baserer seg på to avgjørelser. Jeg viser til punkt 4.5 og kapittel 5 for en nærmere gjennomgang av dem.

4.5 Slutninger fra kapittel 4.2 til kapittel 4.4 konfrontert med Rt. 2005 s. 1447

Jeg skal nå gå gjennom Rt. 2005 s. 1447 og vurdere den opp mot slutningene i dette kapittelet. Bakgrunnen for dette er at den siste dom på området legger til grunn at varsel om

mislighold er tilstrekkelig for å gjøre garantien gjeldende. I denne sammenhengen er det ønskelig å se nærmere på om den endrer rettsstilstanden noe, eller kan klargjøre gjeldende rett på området.

4.5.1 Rt. 2005 s. 1447

Dom inntatt i Rt. 2005 s. 1447 er foreløpig siste avgjørelse som berører problemstillingen. Saken gjaldt et husleieforhold i næringsvirksomhet, der banken påtok seg selvskyldnergaranti for leieforpliktelsen. Garantien var begrenset oppad til kr 200 000 og utløp 21. desember 2002.

Spørsmålet i saken var om garantikreditor måtte ha krevd garantiutbetaling innen denne datoen, eller om det var tilstrekkelig at banken innen denne datoen var blitt varslet om mulige krav.

Banken ble varslet om misligholdet av utleiefirmaets advokat på følgende måte

”Vi vil for ordens skyld gjøre Dem, som garantistiller oppmerksom på at leietaker har misligholdt leieavtalen, bl.a. med hensyn til leiebetalingen. Vi har i denne anledning på vegne av Skogbu Eiendom AS gitt konkursvarsel ...
Dersom konkurs blir åpnet vil det utløse betalingsplikt under garantien.”

Førstvoterende understreker at garantidokumentet i slike tilfeller må tolkes objektivt, og at ordbruken er vesentlig. Videre påpeker han at et ”krav” kan være betinget, slik at tidspunktet for oppgjøret fastlegges senere. Førstvoterende legger videre til grunn at hovedformålet med en bestemmelse om at et krav må gjøres gjeldende før garantien løper ut, må være at garantisten før utløpet skal bli klar over at ansvar er et aktuelt utfall av garantiforpliktelsen. Ytterligere sies det at det også i selvskyldnerkausjoner er i garantistens interesse at innfrielse utstår for å få avklart hoveddebitors betalingsevne.

Høyesterett kom enstemmig til at det var tilstrekkelig med varsel om mislighold

”jeg konkluderer med at garantidokumentet må forstås slik at garantien gjøres gjeldende når banken får underretning om at debitor har misligholdt hovedfordringen, og at ansvar etter garantien derved er aktualisert.”

Selv om Høyesterett presiserer at avgjørelsen gjelder konkret tolkning av kausjonsdokumentet, kan den likevel ha prejudikatsvirkning fordi problemstillingen og premissene for avgjørelsen hviler på tolkning av standarddokument og en sentral formulering som er representativ for slike bankgarantier. Saken hadde ikke spesielle forhold som skulle begrunne at dette saksforholdet stod annerledes enn andre saker. Likevel gir dommen uttrykk for at varsel om mislighold er tilstrekkelig. Dette står i kontrast til det jeg har kommet frem til ovenfor, og jeg skal i neste punkt se på avgjørelsen i lys av slutningene mine tidligere i kapittelet.

4.5.2 Konfrontasjonen

Rt 2005 s. 1447 ser ut til å legge betydelig vekt på BKN 92023.

Sakens gjenstand fremstår for meg som noe annet enn det jeg oppfatter som at Høyesterett legger til grunn i Rt 2005 s 1447, der førstvoterende uttaler

”... gjorde banken som garantist, gjeldende at et minstekrav måtte være at den sikrede overfor garantisten varsler og tar forbehold om å komme tilbake med ytterligere krav i de tilfeller garantien er tidsbegrenset. Nemnda fant det tilstrekkelig at en utleier innen fristen hadde meldt fra at krav etter garantien ville bli gjort gjeldende.”

Jeg kan ikke se at denne uttalelsen kan forankres i Bankklagenemndas vedtak.

Bankklagenemnda formulerer seg slik

”Bankklagenemnda antar på denne bakgrunn at 3 måneders fristen må anses å være en tidsfrist for melding av krav etter garantien, og ikke en begrensning av omfanget... Det vil da være tilstrekkelig at utleier innen denne fristen har meldt fra at han vil gjøre krav gjeldende etter garantien. Klager må anses å ha gitt slik melding til innklagede i brev av 2. juli 1990, der det meddeles at leieforholdet er sagt opp og at det kreves dekning under garantien.”

Fra brevet av 2. juli 1990 som nemnda viser til, refereres det

”Pga. at leien for juni måned ikke er betalt, er leieforholdet sagt opp med 3 måneders varsel, jf vedlagte kopi av brev. Med dette kreves dekning under garantien i hh. avtalen mellom partene”

Banken sender altså et ubetinget krav.

På bakgrunn av korrespondansen og faktum i BKN-92023, mener jeg å kunne legge til grunn at Høyesteretts slutning fra nemndavgjørelsen er for vid. Det kan være Høyesterett mener at så lenge varsel er tilstrekkelig når avtalen *er* gjort gjeldende, så vil det også være tilstrekkelig *til* å gjøre garantien gjeldende. Denne tolkningen er i så fall ikke uttalt, ettersom førstvoterende knytter varslet opp mot å gjøre garantien gjeldende når han refererer til avgjørelsen.

Nemnda fant det i denne saken tilstrekkelig at det er krevd utbetaling av garantien. Det er ikke riktig at nemnda fant det tilstrekkelig at melding om eventuelt krav var nok for å gjøre garantien gjeldende.

Det fremstår som lite avklarende at generelle utgangspunkt, som tidligere er tolket og formulert av Høyesterett, ikke er kommentert i siste dom på området. Videre at Høyesterett legger så stor vekt på an avgjørelse fra Bankklagemenda, når det er praksis på området fra den senere tid.

Torvund kommenterer også avgjørelsen, og han slår uten videre drøftelse fast at den er et eksempel på at det er tilstrekkelig med betinget krav

”Mitt inntrykk er at de fleste tidsbegrensede kausjoner sier at kausjonen må være gjort gjeldende innen fristens utløp. Det er imidlertid tilstrekkelig at det innen denne fristen fremsettes et betinget krav mot kausjonisten, basert på forhold som har inntrådt før fristens utløp. Se RG 1991 s 1165 og BKN 92023.”⁷⁰

Det svekker selvsagt resonnementet mitt at Torvund gjengir avgjørelsen slik Høyesterett tolker den i Rt. 2005 s 1447. Det er likevel min oppfatning at avgjørelsen ikke kan tas til inntekt for et slikt synspunkt, basert på de faktiske forhold avgjørelsen bygger på.

⁷⁰ Torvund (1997) s. 149

Rt. 2005 s. 1447 legger heller ikke vekt på Rt. 1993 s. 1053 og Rt. 1933 s. 260, med den begrunnelse at det ikke var sendt noen form for krav i de sakene. Dette fremstår som underlig, når det i de dommene ikke var sendt noen form for krav. Dommene formulerer et rettslig utgangspunkt for hva som skal til. Dette vil også være gjeldende i saker der det er sendt en form for krav, i alle fall som et rettslig utgangspunkt.

4.5.3 Konklusjon

På bakgrunn av at Rt. 1933 s. 260 og Rt. 1993 s. 1053 uttaler at for at det skulle tilligge garantisten betalingsplikt, måtte det være fremsatt betalingskrav innenfor fristen, og at BKN 92023 var gjort gjeldende med utbetalingskrav innenfor datobegrensningen, synes det som at rettstilstanden forut for Rt. 2005 s. 1447, avviker fra resultatet i sistnevnte dom. Dette fordi dommen slår fast at melding om eventuelt krav er tilstrekkelig for å gjøre garantien gjeldende.

Når da Høyesterett tolker ordlyden slik at den strekkes til å gjelde for varsel om eventuelt ansvar, har man ivaretatt kreditors hensyn om å at garantien skal ha en operasjonell funksjon ganske langt.

Det kan etter dette være grunn til å tro at rettstilstanden har endret seg noe med hensyn til at tidligere praksis har, slik jeg leser dommene, tatt utgangspunkt i at tidsfristen i garantien er en grense for å bringe garantien til forfall overfor garantisten. Dette viser seg i Rt 1993 s 1053 ved at retten viser til forfallsvilkårene til Smith i forbindelse med rettsvirkningene til datobegrensningen.

For Rt. 1933 s. 260 sitt vedkommende viser den til påkrav eller søksmål.

Det er grunn til å tro at avgjørelsen ikke bygger på riktige premisser, slik at prejudikatsvirkningen svekkes.

4.6 Kritikk av gjeldende rett

For tilfeller der kreditor avventer å hente inn garantifordringer som har forfalt bør det drøftes hvorfor kreditor velger en slik løsning. Gode grunner kan tale for at denne problemstillingen blir mer aktuell jo lenger periode misligholdet har vart, uten at kreditor bringer garantien til forfall.

Det vil være mer nærliggende å la kreditor bære ansvaret for å ikke bringe garantien til forfall, dersom kreditor har forholdt seg passiv overfor garantisten på grunn av intensjoner om egen økonomisk vinning. Konsekvensen av å ikke bringe garantien til forfall, er at kreditor forlenger perioden for gjeldsopparbeiding hos debitor., som igjen øker risikoen til kausjonisten med hensyn til å kunne få dekning gjennom regressen.

Når det gjelder BKN 92023, er det min oppfatning at denne tvert imot underbygger utgangspunktene som er skissert i de to høyesterettsdommene.

Det fremstår fra tidligere praksis og teori at garanti skal ha en reell garantifunksjon, men at denne ikke kan strekkes for langt på bekostning av garantien. Når det likevel er rettspraksis som gir rett til betingete krav, vil det være interessant å se på hvorfor dette har skjedd.

Hovedforholdets betydning /hva som har vært grunnelsen for å godta betingete krav for om tidsfristen er en omfangsbegrensning eller siste frist for å be om utbetaling

5 Hovedforholdets betydning for om det må fremsettes et ubetinget krav om betaling

Hensikten med dette kapitlet er å finne frem til hva som har vært grunnlaget for at betingete krav i rettspraksis har vært tilstrekkelig for å gjøre garantien gjeldende.

Ettersom formuleringene i garantikravet har forskjeller som ikke medfører endringer av tolkingen, og at det heller ikke er lagt vekt på subjektive forhold, vil det være forsvarlig å søke etter disse premissene i hovedforholdet, for å finne frem til hvorfor der er ulike konklusjoner med hensyn til hvordan garantien skal gjøres gjeldende. Spørsmål med hensyn til om hovedforholdet er relevant er ikke nødvendig å gå nærmere inn på. Dette er eksplisitt gitt uttrykk for av Rt. 1993 s. 1053 og Rt. 1933 s. 260 og må uten videre kunne legges til grunn.

For å rekapitulere avhandlingen til nå, har jeg i foregående kapittel søkt å få frem at det tidligere, alminnelige utgangspunktet for å gjøre en tidsbestemt garanti gjeldende, var å be om utbetaling av garantien innen datoen, for de tilfeller tidsfristen er å anse som å være en opphørsfrist.

For å finne frem til hvilke rettspolitiske hensyn som er relevante, og hvordan de er vektlagt, mener jeg disse fremkommer best ved å se nærmere på den klassiske problemstillingen om at en tidsbegrensning i garanti er en begrensning av omfanget eller varigheten av kausjonsforpliktelsen. Det vil være de samme hensynene som står mot hverandre for tilfeller der spørsmålet er om datoen er siste frist for å be om utbetaling, og viser hvordan balansen i avtalen er tolket.

5.1 Rettspolitiske vurderinger

Jeg finner det naturlig å gjøre rede for de rettspolitiske vurderingene i et kronologisk perspektiv, ettersom det kan si noe om oppfatningenes varighet og dermed vekten til hensynene. Jeg begynner derfor med Ussing, og tar utgangspunkt i hans vurderinger.

For kapittelets tema er det relevant å se nærmere på det han hevder om at tidsfristen refererer seg til garantiforpliktelsens innhold, altså omfanget av garantiforpliktelsen, der det er garantert for fremtidige forpliktelser som ikke er nærmere avgrenset i hovedforholdet. Dette er relevant fordi det kan si noe om avveiningen av hensynene. Dette er situasjoner som kan eksemplifiseres ved garanti for riktig betaling av løpende ytelser, eksempelvis levering av varer fra grossist til detaljist. Det vil i slike forhold være naturlig å anse tidsfristen som en presisering av hvilke leveranser som er omfattet av garantien, ettersom riktig betaling er avhengig av varens kvalitet. I slike tilfeller vil ikke en eventuell mangel vise seg før en tid etter leveringen til detaljisten. Garantien vil i slike tilfeller ikke ha en reell garantifunksjon for garantiens objekt, dersom tidsfristen skulle være siste frist for å be om utbetaling av garantien.

I forbindelse med hvordan tidsfristen skal tolkes for situasjoner der garantidokumentet selv ikke er tilstrekkelig til å utlede en sikker nok slutning med hensyn til om tidsbegrensningen representerer garantiens varighet eller omfang, skriver Ussing

”Hvor kautionens stilling for fremtidige forpliktelser, som ventes at opstaa efterhånden i løpet av et tidsrom, som ikke er bestemt avgrenset i hovedavtaalen, maa en tidsbegrensning i kautionserklæringen formodes kun at begrense kautionforpliktelsens innhold (innestaaelsens gjenstand)”⁷¹

⁷¹ Ussing (1928) s. 301

Av det siterte kan det utledes at tidsfristen refererer seg til garantiens innhold, der det er garantert for fremtidige forpliktelser som ikke er nærmere avgrenset i hovedforholdet. Grunnlaget for dette er at hovedformålet til garantien, om å sikre kreditor oppgjør for fordringer, ikke vil være en reell sikkerhet.

Det neste er spørsmålet som da melder seg, er om Ussings vurderinger også betyr at tidsrom som *er* avgrenset i hovedforholdet, betyr at det er en siste frist for å gjøre garantien gjeldende, altså om utsagnet kan tolkes antitetisk. Gode grunner taler for en slik forståelse, ettersom det ovenfor siterte fremkommer som unntak fra utgangspunktet han skisserer

”Naar Løftet bestemmer, at Kautionsistens Forpligtelse kun skal vedvare en vis Tid, maa Virkningen normalt være, at Kautionsforpligtelsen ophører, dersom Kreditor ikke inden Fristens Utløb gør sin Ret gældende mod Kautionisten, ...”⁷²

Det bør derfor kunne legges til grunn at tidsbestemmelsen som utgangspunkt betyr at kreditor må gjøre den gjeldende før tidsfristen, jf ”normalt”.

Selv om Ussing ikke eksplisitt sier noe om hensynene og avveiningen, vil de implisitt indikere at kreditor har en aktivitetsplikt, dersom garantikravet er klart, som han må utføre innenfor tiden datobegrensningen gir rom for. Dette fremstår således som en avveining av kreditors rettigheter for å kreve utbetaling, og garantistens rettigheter av å bli fri for ansvar.

Smith drøfter også om datoen er å anse som tidsfrist for å gjøre garantien gjeldende, eller om den er en omfangsbegrensning.

For de tilfeller det blir garantert for fremtidig, eventuell gjeld, utleder Smith i hovedsak tre hensyn eller tolkingsargument som er relevante for tolkningen av tidsbestemmelsen.

⁷² Ussing (1928) s. 301.

For det første er det om kausjonsgjenstanden fra hovedforholdets side er ment å øke suksessivt. Er den det, så taler det for at tidsfristen viser til innholdet av kausjonsgjenstanden, altså omfanget.

For det andre har forfallstiden til hovedfordringen betydning. Dersom den forfaller delvis etter datobegrensingen, taler det for at datoen er en omfangsbegrensning, og ikke en siste frist for å be om utbetaling.

Den tredje faktoren er om fristen i garantiavtalens lengde, sett i sammenheng med garantiforpliktelsen, gir kreditor en reell dekningsmulighet.

Tolkningsargumentene som Smith viser til, kan oppsummeres med at garantien skal ha en reell garantifunksjon for kreditor. Dette fremstår således som et bærende hensyn. Smith skriver ikke noe om det gjelder et alminnelig utgangspunkt, slik at det for de tilfeller det ikke er en omfangsbegrensning vil være en frist for å gjøre garantien gjeldende. Det må likevel være forsvarlig å legge til grunn at for de tilfeller det ikke er en opphørsbestemmelse så er datoen en grense for omfanget av garantiforpliktelsen.

Etter dette kan det utledes at for de tilfeller kreditor ikke har hatt en reell garantifunksjon, så taler det for å anse tidsfristen som en omfangsbegrensning, i motsetning til å være siste frist for å gjøre garantien gjeldende.

For oppgavens problemstilling betyr dette at når forfallet mot garantisten er formulert med ”krav”, så må dette bety at det i slike tilfeller må være tilstrekkelig med et betinget krav, all den tid garantien i slike tilfeller ikke har hatt en reell garantifunksjon. Slik at hovedforholdet må være med i vurderingen for hvilke rettsvirkninger datoen har. En slik slutning står i motsetning til uttalelsene fra Rt 2005 s 1447, der førstvoterende generelt slår fast at ”krav” kan være betinget.

Vinje drøfter kort problemstillingen⁷³, og mener at Rt 1993 s 1053 stiller opp en presumsjon om at datoen i betalingsgarantier for husleieavtaler, som også vil gjelde for andre løpende ytelser, eksempelvis betaling av lønn og strøm⁷⁴, er en siste frist for å be om utbetaling. Hensynet bak presumsjonen, mener Vinje er at garantikravet i slike forhold er på det rene når datoen kommer. Videre hevder han at dersom dette ikke skulle være riktig forståelse, ville ikke datobegrensningen ha en praktisk betydning. Det Vinje mener er altså at garantifunksjonen er reell, og at datobegrensningen har en annen rolle enn bare å gjøre garantisten observant på at ansvar kan oppstå.

Godsk Pedersen bygger på Smith sine vurderinger og er samstemt med ham. Jeg finner det derfor forsvarlig å ikke gå nærmere inn på Godsk Pedersen sine betraktninger omkring hensynene.

Synspunktene til alle de nevnte reflekterer at garantisten må ha en reell sikringsfunksjon. Videre reflekterer de at det blir lagt vekt på garantistens interesse av at garantien ikke gjelder lenger enn nødvendig, som vil si til kreditor har hatt rimelige muligheter til å be om utbetaling. Dette sier noe om hensynsavvegingen mellom garantiformålet, kreditors aktivitetsplikt og aktivitetsrett opp mot garantistens interesse av at ansvaret ikke skal strekke lenger enn nødvendig.

Det neste blir å se på hensynene som rettspraksis har lagt vekt på, når de har drøftet datoens rettsvirking opp mot å gjøre garantien gjeldende.

5.2 Hvordan de rettspolitiske hensynene forholder seg til vurderinger i rettspraksis

Det fremstår som naturlig å starte med eldste avgjørelse, for så å vurdere resten i kronologisk rekkefølge.

⁷³ Vinje (1999) s. 112.

⁷⁴ Med periodiske ytelser må det forstås at ytelsene i hovedforholdet har løpende forfall.

5.2.1 Rettstidende 1933. s. 260

Saken handlet om en privatperson som hadde kausjonert for hoveddebitors gjeld til en bank. Kreditor, banken, fremmet ikke noen form for krav overfor garantidebitor før tidsbegrensningen, og det ble tvist om datoen var en resolutiv betingelse, eller om tidsfristen viste til hvilket tidsrom misligholdet skulle skrive seg fra. Retten konkluderte med at kreditor hadde meldt kravet for sent, og kausjonistens ansvar for misligholdet dermed var opphørt når banken fremmet kravet.

Flertallet drøftet ikke hensynene, da de fant avtaledokumentet klart med hensyn til at datoen var siste frist for å be om utbetaling.

Mindretallet fant ikke kausjonsavtalen like klar, og drøftet tidsbestemmelsens virkninger mer prinsipielt i lys av tidsbestemmelsens praktiske betydning sammen med garantiformålet.

Mindretallet kommer med følgende begrunnelse for at kravet ikke var fremmet for sent

”Det innses nemlig ikke hvorledes kreditor innenfor garantitiden kan gjøre gjeldende noget ansvar mot garntistene i anledning av saadanne forpliktelse, all den stund det er helt på det uvisse om der overhodet vil opstaa noget ansvar og /eller i tilfelle dettes størrelse.” og

”Banken var således avskåret fra at fremme sitt krav tidligere og er følgelig intet å bebreide i saa henseende.”

Slik jeg leser uttalelsen, legger retten til grunn to hensyn som avgjørende for at kravet ikke var fremmet for sent. For det første at kreditor var avskåret fra å fremme krav tidligere, og for det andre at kreditor ikke kunne bebreides for dette.

Disse uttalelsene harmonerer med de rettspolitiske hensynene jeg mener å ha påvist ovenfor. Dersom det, slik mindretallet gjør, forutsettes at kreditor ikke kunne fremme krav, vil ikke garantien ha tjent noen reell garantifunksjon. Når flertallet kom til et annet resultat, var det fordi de tolket tidsbestemmelsen som et resolutivt vilkår, i motsetning til mindretallet som mente at hovedforholdet tilsa at dette ikke ville være en reell garantifunksjon. Kreditors aktivitetsplikt.

5.2.2 Rettens gang 1991 s 1065

Kreditor i saken skulle levere et parti kalendere til hoveddebitor, og i den anledning tok banken på seg en betalingsgaranti for riktig oppfyllelse fra hoveddebitor. Det ble tvist i hovedforholdet på grunn av mangler ved varene, og hoveddebitor gikk senere konkurs. Kreditor varslet derfor banken som kausjonist om at det ville bli reist krav om utbetaling av garantien når manglene var utbedret og garantikravet var klart. Varslet ble sendt innen fristen, men kravet kom etter utløpet av datobegrensningen i garantidokumentet. Forfallsbetingelsen overfor garantisten var utformet slik

”Denne garanti er gyldig til 13.1.90, innen hvilken dato et eventuelt krav under garantien må være fremkommet skriftlig til oss”

I tillegg var det ytterligere vilkår om at kvaliteten skulle være tilfredsstillende.

Kreditors varsel om forventet krav, var utformet slik

”... i det Fair Print A/S når manglene er udbedret, hvilket forventes at ske i denne uge, vil fremsætte krav om betaling af fakturabeløpet kr. 344.200,- og dermed fremsætte krav under garantien.”

Retten kom til at kreditors korrespondanse innenfor tidsfristen var et betinget krav, og dette var tilstrekkelig til å gjøre garantien gjeldende.

Det som er interessant i forhold til dette kapittelet, er rettens grunnlag for å godta et betinget krav.

Retten legger til grunn at hovedhensikten med å sette en siste frist om anmeldelse av krav, må være så vidt retten kan forstå at banken skal ha mulighet for å vite hvilke garantier som kan medføre ansvar.

Resultatet i dommen er samsvarende med hensynene som er trukket opp rettspolitisk.

Hovedforholdet hadde delvis forfall etter tidsfristen. Dette fremgår implisitt gjennom at garantien skulle være sikkerhet for riktig betaling av ytelsen til hoveddebitor av et engangskjøp, og eksplisitt ved at varens kvalitet var gjort til et garantivilkår

Med hensyn til at mangelsinnsigelser forfaller senere i tid enn tidsfristen i garantien, har garantien delvis forfall etter garantiens tidsfrist. Det er i denne sammenhengen store likheter med de samme hensynene som ligger til grunn for å rubrisere garantier som omfangsbegrensete garantier. Når garantisten likevel vil ha krav før fristen, må det av denne grunn være tilstrekkelig med et betinget krav. Det vil altså ikke være mulig å konstatere om en vare er kontraktsmessig før utløpet av reklamasjonsperioden.⁷⁵

Som jeg har forsøkt å påvise, har hovedforholdet betydning for hvilke virkninger tidsfristen fører med seg. En generell regel om at betingete krav er tilstrekkelig, vil ikke fange opp nyansene som hovedforholdet sammenholdt med garantien representerer. Før reklamasjonstiden var ute, var det ikke mulig å si om garantien hadde hatt en reell garantifunksjon. Resultatet som retten kom frem til var også i bankens interesse.

Som man kan se er hensynene til aktørene harmonisert på en balansert måte, mellom å være en operasjonell garanti og at ansvaret er begrenset i forhold til garantisten. Det avgjørende for at resultatet ble godt var hovedforholdets art. Det som ikke er korrekt, er at harmoniseringen av hensynene i denne sammenheng automatisk kan overføres til andre typer av hovedforhold. Dette skal jeg påvise i det følgende.

Det er en svakhet ved resonnementet mitt at banken påstår at garantien er absolutt, og at krav om utbetaling skal være gjort innen fristen. Jeg mener likevel det relevante i denne forbindelse må være rettens begrunnelse. Dersom banken skulle vinne frem med synspunktet sitt i denne saken, ville ikke garantien hatt en reell dekningsfunksjon for de tilfeller ansvarsforhold blir avdekket. Rettens resultat sikrer både banken og kreditor et balansert og godt resultat. Bankens ved at det blir lagt vekt på deres interesser av å ikke utbetale beløp som ikke er avklart, og kreditor får dekket fordringen sin på riktig grunnlag.

⁷⁵ Når garantisten har gjort det til et utbetalingskrav av varen skal være kontraktsmessig, er det god grunn til å hevde at dette er for å unngå å måtte føre innsigelsene som hoveddebitor hadde rett til å føre mot kreditor, som kausjonisten eventuelt trer inn i ved subrogasjon.

5.2.3 Rettstidende 1993 s 1053

Saken handlet om kreditor hadde fremsatt kravet overfor garantisten, banken, for sent, når det var gjort etter tidsfristen. Retten fant at kreditor skulle ha krevd utbetaling før tidsfristen, og at bankens ansvar opphørte etter datoens utløp. Hovedforholdet gjaldt altså en løpende forpliktelse med løpende forfall. Dette blir av retten tillagt vekt, når retten vurderte hvilke virkninger tidsbegrensningen skulle ha

”For at garantisten skulle ha plikt til å betale, måtte hovedfordringen være forfalt eller brakt til forfall overfor debitor, og dessuten måtte betalingskrav være fremsatt overfor garantisten, innen oppsigelsesfristens utløp 15. mai 1989. Denne forståelse er naturlig også fordi garantien knyttet seg til en løpende, periodisk hovedforpliktelse. Jeg finner støtte for dette i to eldre høyesterettsdommer som har vært påberopt i saken, Rt-1933-260 og Rt-1935-979.”

Grunnlaget for rettens syn, var altså at det fulgte av tidligere praksis for garantier der forpliktelsens var en løpende, periodisk ytelse. Det må kunne legges til grunn at det er en presumsjon som formulert i saken.⁷⁶

Rettens vurderinger samsvarer med de rettspolitiske hensynene. For det første hadde hovedfordringen forfall innenfor tidsfristen, siden det var en løpende, periodisk ytelse. Det var i denne forbindelse krevd utbetaling av garantien for to terminer, likevel ble ikke leieforholdet sagt opp på grunnlag av antesipert mislighold. Det forelå derfor en reell dekningsmulighet for hele garantiens pålydende, uten at denne ble benyttet fullt ut. Det kan i denne sammenhengen skytes inn at kreditor da ville komme i samme situasjon som kreditor i BKN 92023, ved at det ville være terminer som ikke hadde forfalt i hovedforholdet, og slik at hele garantiens omfang ikke ville være klart før etter at betsemnelsen i hovedforholdet om hvor mange terminer som skulle dekkes av garantien gikk ut. Fristens lengde var således ikke i veien for å gjøre hele garantien gjeldende. Dommens vekt som presumsjon må sies å ha blitt styrket av at den viser til tidligere praksis, og legger til grunn samme forståelse.

⁷⁶ Denne forståelsen har også Vinje, se Vinje (1999) s. 112.

5.2.4 Rt 2005 s 1447 opp mot de øvrige dommene.

. Av særlig relevans for dette kapittelet var det at hovedforholdet var løpende, periodiske ytelser, og at det var garantert for riktig betaling av husleieforpliktelsene. Retten fant at det var tilstrekkelig at kreditor innen fristen hadde sendt varsel om at hoveddebitor hadde mislighold forpliktelsene i avtalen, og fortalt om at ansvar kunne bli aktuelt dersom en konkursbegjæring ble tatt til følge.

Høyesterett uttrykker eksplisitt at avgjørelsen gjelder en konkret og objektiv tolkning av kausjonsdokumentet. Problemstillingen er likevel parallell med de tidligere problemstillinger som har vært gjenstand for rettslig behandling.

Retten ser ut til å legge betydelig vekt på at standarddokumentet er likt for simple kausjoner og selvskyldnerkausjoner⁷⁷. Her legger retten etter min mening for liten vekt på bakgrunnsretten som kausjonstypen fører med seg. Det er en viktig faktor at det er inngått selvskyldnerkausjon, og ikke en simpel kausjon, fordi det sier noe om et av de bærende hensynene bak garantiformålet, nemlig den reelle garantifunksjonen. I et selvskyldnerkausjonsforhold vil kreditor kunne gå på garantidebitor idet hoveddebitors mislighold er inntrådt.

Retten trekker parallellen til simple kausjoner og slår fast at dersom den simple kausjonen har en kort gyldighetsperiode, så ville en slik garanti i praksis være verdiløs om fristen bare kan avbrytes med krav om utbetaling. Det kan være grunn til å påstå at dette ikke er riktig. Garantien vil i slike tilfeller ikke ha hatt en reell garantifunksjon. For det første på grunn av den korte fristen i seg selv, og for det andre på grunn av at kreditor ikke kunne bebreides for å ikke kreve utbetaling innen fristen ettersom garantikravet ikke ville være kjent på garantiens utløpsdato. Garantiens forfallsbetingelse overfor garantisten må i slike tilfeller tolkes som å gjøre gjeldende garantien med betingete krav, ellers vil ikke garantien ha en reell garantifunksjon.

⁷⁷ Kausjonstypene skilles ved å krysse av for selvskyldnerkausjon eller simpel kausjon.

Denne dommen passer ikke inn i tidligere praksis. For alle de tidligere dommene har årsaken til at kreditor har fått gjennom kravet sitt ved betinget krav, vært at kreditor ikke har hatt en reell dekningsfunksjon. Det var ikke tilfelle i denne saken.

6 Avsluttende bemerkninger

Som jeg har søkt å få frem i oppgaven ser det ut til at det nå er usikkerhet omkring et spørsmål som representerer store summer.

Det kan være retts tekniske fordeler med at varsel, jf. Rt. 2005 s 1447, er tilstrekkelig.

Likevel reiser dette noen betenkeligheter, særlig ved at det gis mulighet til kreditor å vente med å innbringe fordringen. For de tilfeller kreditor velger en slik løsning, kan det spørres om hvorfor, ettersom det rasjonelt å innbringe utestående fordringer av likviditetsmessige hensyn. Dersom kreditor har valgt en slik løsning, og hoveddebitor ikke får orden på økonomien, vil garantiavtalen i realiteten på mange måter være en gunstig kredittavtale. Provisjonsnivået for garantier er gjennomgående mye lavere enn ved kredittavtaler. Dette forteller også noe om forutsetningene til banken for å stille garanti. Når det velges en selvskyldnergaranti, kan det gjerne ligge en forutsetning om, fra bankens side, at kreditor bringer kravet til forfall overfor garantisten hurtig. Det vil i så fall sette banken i en posisjon til å prøve å sikre det som kan sikres hos kausjonisten.

Etter oppgaven fremstår det for meg som en bedre løsning, enn å generelt slå fast at det er tilstrekkelig med betinget krav, å se på om garantien har hatt en reell garantifunksjon.

Dersom den har hatt det, og kreditor ikke har hentet inn fordringen, bør det falle på kreditor manglende oppfølging av aktivitetsplikten. Jeg mener gode grunner kan tale for å tolke inn et lojalitetsprinsipp i denne forbindelse, slik det er i Rt. 1994 s. 775.

Det er en svakhet med oppgaven min at den ikke er bygget på flere kilder. Videre har garantiretten vist seg å være meget komplisert.

7 Litteraturliste og kilder

- Bergsåker (1983) Trygve Bergsåker. *Foreldelse av pengefordringer etter foreldelsesloven av 1979*. Jussens Venner s. 177 – 200.
- Bergsåker (2006) Trygve Bergsåker. *Tidsbegrenset bankgaranti. Høyesteretts dom 3. november 2005*. Nytt fra privatretten, nr. 2/2006 s. 20 – 21.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff. *Rettskildelære*. Redigert av Jan E. Helgesen. 5. utg. Oslo, 2001
- Fadum (1967) Leif Fadum. *Bankgarantien og dens anvendelse*. 1. utg. Oslo, 1967.
- Falkanger (2000) Thor Falkanger. *Tingsrett*. 5. utg. Oslo, 2000.
- Gisle (1999) Jon Gisle, Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi Gjønnnes, Magnus Matningsdal og Magnus Aarbakke. *Jusleksikon*. Oslo, 1999.
- Godsk Pedersen (2003) Hans Viggo Godsk Pedersen. *Bankgarantier*. 2. utg. København, 2003.

- | | |
|------------------|--|
| Hagstrøm (1996) | Viggo Hagstrøm. <i>Kausjonsretten og avtaleloven § 36</i> .
Lov og rett 1996 s. 78 – 103. |
| Hagstrøm (2003) | Viggo Hagstrøm. <i>Kausjonsretten i forandring</i> .
Jussens Venner 2003 s. 45 – 63. |
| Hagstrøm (2003) | Viggo Hagstrøm. <i>Obligasjonsrett</i> . I samarbeid med
Magnus Aarbakke. Oslo, 2003. |
| Hov (1998) | Jo Hov. <i>Avtaleslutning og ugyldighet</i> . 2. utg. Oslo,
1998. |
| Lilleholt (1999) | Kåre Lilleholt. <i>Godtruerverv og kreditorvern</i> . 3. utg.
Oslo, 1999. |
| Krüger (1987) | Kai Krüger. <i>Hovedpunkter i kreditretten</i> . 2. utg. Oslo,
1987. |
| Smith (1992) | Carsten Smith. <i>Garantikrav og garantistvern</i> .
<i>Garantirett III</i> . 2. utg. Oslo, 1992. |
| Smith (1997) | Carsten Smith. <i>Kausjonsrett</i> . Redigert av Marianne
Olsson og Therese Smith. 3. utgave. Oslo, 1997. |
| Torvund (1993) | Olav Torvund. <i>Betalingsformidling i et rettslig
perspektiv</i> . 1. utg. Oslo, 1993. |
| Torvund (1997) | Olav Torvund. <i>Pengekravsrett</i> . 1. utg. Oslo, 1997. |
| Ussing (1928) | Henry Ussing. <i>Kaution</i> . 1. utg. København, 1928. |

Vinje (1999)

Eirik H. Vinje. *Tolking av garantier i forretningsforhold*. 1. utg. Oslo, 1999.

LOVREGISTER

Finansavtaleloven

Lov om finansavtaler og finansoppdrag. 25. juni, 1999, nr. 46.

Foreldelsesloven

Lov om foreldelse av fordringer. 18. mai, 1979, nr. 18

Forretningsbankloven

Lov om forretningsbanker. 24. mai, 1961, nr. 2

Sparebankloven

Lov om sparebanker. 24. mai, 1961, nr. 1.

Gjeldsbrevloven

Lov om gjeldsbrev. 17. februar, 1939, nr. 1.

INTERNASJONALE KONVENSJONER OG STANDARDKONTRAKTER

United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit, 11. desember 1995.

ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, 1994.

DOMS- OG AVGJØRELSESREGISTER

Rt. 1933 s. 260

Rt. 1993 s. 1053

Rt. 1994 s. 775

Rt. 2005 s. 1447

RG 1991 s. 1165

BKN 92023

